TRATADO DE DIREITO Privado

Pontes de Miranda

ATUALIZADO POR

Vilson Rodrigues Alves

Em conformidade com o Código Civil de 2002

BOOKSELLER

Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões,

ações e exceções. Prescrição.

Tábua Sistemática das Matérias

Parte IV

Capítulo 1

Exceções

§ 628. Conceito *de exceção.* 1. Conceito. 2. Direito material e exceção. 3. Duas classes de exceções. 4. Efi cácia das exceções. 5. Direito de exceção. 6. Exceção e direito de exceção. 7. Quando nasce a exceção. 8. Ré-

plica e dúplica. 9. Eficácia e encobrimento. 10. Justiça de mão própria. 11. Exceção de limite à responsabilidade. 12. Invocações de direitos limitantes. 13. Exceção, direito negativo. 14. Exercício e preclusão

§ 629. *Exceções independentes e exceções dependen* tes. 1. Dicotomia. 2. Exceções dependentes. 3. Extinção das exceções dependentes. 4. Extinção das exceções independentes

§ 630. *Exceções perernptárias e* exceções *dilatórias.* 1.Dilatoriedade e peremptoriedade. 2. Espécies

§ 631. *Exceções* pessoais *e* exceções impessoais. 1. Exceções dependentes. 2. Exceções independentes. 3.

Erro a evitar-se

§ 632. *Exercício da* exceção. 1. Onde se exerce a exceção. 2. A que se opõe a exceção. 3. Quando se opõe a exceção. 4. Exceção e exercício do direito a excetuar

§ 633. *Defesa* e exceção. 1. Os dois conceitos. 2. Encobrimento e descobrimento da eficácia. 3. Pseudo-exce-

ções. 4. Direito de retenção

§ 63ª. *Eficácia das* exceções. 1. Eficácia no tempo.2.Eficácia das exceções peremplórias. 3. Oposição da exceção, no tempo. 4. Quasi *nulla* obligatio

§ 635. Prescritibilidade das exceções? 1. Exceção e extinção do direito de exceção

§ 636. *Ponto de partida* e *direção* das exceções. 1. As duas espécies quanto à fonte. 2. Obrigações acessórias

§ 637. Exceção e *mora.* 1. Conceitos. 2. Eficácia da declaração judicial. 3. Acolhimento da exceção e presta-

ções acessórias

§ 638. Exceptio dou *e* replicatio dou. 1. Ação e exceções. 2. *Exceptio* dou *generalis.* 3. Exceptio dou e exceptio metus causa. 4. Fundamento à *exceptio doli*...

§ 639. Direito de *retenção.* 1. Direito de retenção nos diferentes sistemas jurídicos. 2. Se existe principio geral sobre direito de retenção. 3. Se é direito real. 4. Se éexceção. 5. Pretensão nascida e direito de retenção.

Capítulo II

Direitos Mutilados

§ 64ª. *Direito, pretensão e ação.* 1. Conceito. 2. *Obliqatio naturalis.* 3. Inacionabilidade. 4. Mutilação e dever só moral

Seção *1*

***Jogo* e Aposta**

12

2

§ 641. O *problema* do jogo *e da aposta.* 1. Dificuldades na conceituação. 2. Direito brasileiro

§ 642. *Inserção das regras jurídicas sobre jogo e aposta; tentativas de caracterização.* 1. Situação do 12

problema.2.Precisão do problema e teorias superadas

6

§ 643. *Sorte do* negócio jurídico e *sorte das dívidas de* jogo ou *aposta.* 1. Conteúdo do art. 1.477 do Código Civil. 2. O direito territorial prussiano e a teoria da obrigação imperfeita. 3. Solução da doutrina portuguesa.

4. Influência da concepção germânica da dívida de jogo como dívida de honra. 5. Incidência e não-incidência do art. 145, II. 6. O problema de técnica legislativa. 7. Direito reinicola e doutrinadores portugueses 12

§ 644. *O problema da irrepetibilidade.* 1.Direito romano e repetibilidade; direito luso-brasileiro. 2. Proibição.

6

3. Sanção

§ 645. *Qual* a concepção do Código *Civil?* 1. Conteúdo dúplice do art. 1.477 do Código Civil. 2. Conteúdo do

13

art. 1.477, parágrafo único. 3. Conteúdo do art. 1.478. 4. Forma e contrato de jogo ou aposta. 5. Conteúdo dos 0

contratos de jogo e de aposta

Seção II

13

Sentença Injusta

3

§ 646. Discrepância *entre* aplicação *e* incidência. 1. O problema técnico da sentença injusta e a antinomia entre incidência e aplicação. 2. Se a aplicação discrepa da incidência, algo resta ao vencido 14

2

Seção 111

Pretensões desprovidas de Ação

14ª

§ 647. *Pretensão e obrigação.* 1. Devedor a que não se pode exigir. 2. Inacionabilidade de pretensão e direito de retenção. 3.

Interpelabilidade e nacionabilidade. 4. Pena convencional e inacionabilidade. 5. Penhor e pretensão sem ação. 6. Ação e compensabilidade

§ 648. Pretensão sem ação e cognição *judicial.* 1. Pretensão sem ação, alegada em juizo. 2. Direito e pretensão à declaração

§ 649. *Exemplos de mutilação.* 1. Direitos mutilados e pretensões mutiladas. 2. Excepcionabilidade e acionabilidade. 3. Pretensão futura e ação. 4. Falta de pressupostos processuais. 5. Falta de ação, em vez de mutilação. 6. Concordata concursal e concordata falencial

Capítulo III

Exercício dos Direitos, Pretensões, Ações e Exceções

§ 650. *Conteúdo* e exercício. 1. Conteúdo e exercício. 2. Pedido de cumprimento e exigência de pretensão.

3. Escala dos exercícios. 4. Exercício dos direitos formativos. 5. Exercício das pretensões. 6. Exercício das ações. 7. Exercício das exceções; princípio da indiferença das vias. 8. Exceções e direitos formativos extintivos, após a coisa julgada

§ 651. *Exercício de* poderes. 1. Poder e exercício. 2. Alienação. 3. Escala de exercícios. 4. Exercício consuntivo e exercício não-consuntivo. 5. Ato de disposição...

§ 652. Exercício *e limites do conteúdo.* 1. Limites do conteúdo. 2. Excesso e contaminação do ato

§ 653. *Exercício e* consciência *dos atos.* 1. Afirmação de direito. 2. Comunicação de conhecimento

§ 654. *Liberdade do exercício.* 1. Princípio da liberdade de exercício; dever de exercício. 2. Não-exercício; consequências

§ 655. *Titularidade e* exercício. 1. Quem exerce os direitos, as pretensões, ações e exceções. 2. Atos-fatos jurídicos. 3. Disposição e exercício. 4. Exercício por outrem. 5.Direitos derivados. 6. Poderes

§ 656. *Divisibilidade do exercício.* 1. Exercício indivisível. 2. Divisão

§ 657. Pressupostos objetivos do *exercício.* 1. Começo do exercicio. 2. Pressuposto probatório e legitimação com cártula. 3. Titularidade e legitimação

§ 658. Limites *do direito e limites* do exercício. 1. Princípio da coextensão do direito e do exercício. 2.

Coexistência dos direitos e exercício de direitos. 3. Promessas quanto a coisas ou atos. 4. Dano a outrem com o exercício de direitos. 5. Irrelevância do fim do exercício dos direitos e da reserva mental

§ 659. Pactum de non petendo. 1. Pacto concernente ao exercício. 2. Direitos reais e *pactum de* non *petendo*

§ 660. Exercício *das pretensões.* 1. Exercício extrajudicia! e exercício judicial das pretensões. 2. Exercício da pretensão e exercício da ação. 3. Pretensões reais e seu exercício. 4. Exigibilidade e pretensão. 5. Insatisfação e ação

§ 661. Exercício *das* exceções. 1. Necessidade do exercício das exceções. 2. Falta de exercício tempestivo e extinção das exceções

Capítulo IV

Fato Jurídico da Prescrição

§ 662. *Conceito de prescrição.* 1. Extensão do conceito de prescrição no direito comum e no direito moderno.

2. Conceito de prescrição no Código Civil. 3. Direito privado e direito penal. 4. Direito comercial. 5.

Prescrição e sistemática do direito. 6. O que a prescrição atinge. 7. Classificação do fato jurídico da prescrição. 8. Exceção de prescrição. 9. Encobrimento de eficácia

§ 663. *Pretensões ou ações* e *prescrição.* 1. O que a prescrição atinge. 2. Extinção de direitos

§ 664. *Prescrição e interesse público.* 1. Negócio jurídico sobre alongamento do prazo de prescrição. 2.

Abreviamento negocial

§ 665. Pressupostos *da prescrição.* 1. Suporte fático das regras jurídicas sobre prescrição. 2. Alegação da prescrição sem se admitir a pretensão. 3. Ato-fato jurídico. 4. Pretensão e prescrição. 5. Prescrição e preclusão. 6. Pessoas físicas e jurídicas. 7. Elemento-tempo. 8. Crédito e pretensão. 9. Se é pressuposto o dano ao credor. 10. Se é pressuposto o conhecimento da pretensão pelo titular. 11. Títulos de apresentação.

12. Pretensão a ato negativo e pretensão a ato positivo. 13. Avisos

§ 666. *Interpretação* das *regras jurídicas* sobre prescrição. 1. Regras juridicas sobre prescrição. 2. Regras jurídicas sobre não correr ou haver suspensão e interrupção. 3. Princípio de isonomia e prescrição. 4.

Princípio de irretroatividade das leis e prescriçao

§ 667. *Imprescritibilidade.* 1. Pretensões prescritíveis e pretensões imprescritiveis. 2. Imprescritibilidade. 3.

Direitos formativos. 4. Pretensões possessórias. 5. Exceções

Capítulo V

Prescrição e Preclusão

§ 668. *Preclusão.* 1. Çonceito. 2. Eficácia preclusional e eficácia prescricional. 3. Citação e exercício

§ 669. *Prazos* prec/usivos. 1. Ação constitutiva negativa da modificação dos estatutos da fundação. 2.

Preclusão da ação de resgate (art. 1.141). 3. Ação revocatória, em falência. 4. Prazo preclusivo da ação rescisória. 5. Código Comercial, art. 109

Capítulo VI

Pretensões, Início e Curso da Prescrição

§ 670. *Pretensões* natae *e pretensões* nondum natae. 1. Distinção à base da inércia do titular. 2. Impugnação, denúncia e reclamação, anulação. 3. Princípio da exercibilidade da pretensão. 4. Resolução e rescisão. 5.

Evicção

§ 671. *Pluralidade de pretensões e pretensões acesso-* rias. 1. Principio da separação prescricional das preten soes. 2. Casuística. 3. Hipoteca e art. 167. 4. Penhor e art. 167

§ 672. *Titularidade da* exceção de *prescrição.* 1. Titular. 2. Credores. 3. Outros interessados

§ 673. *Prescrição* e sucessores da *pretensão.* 1. Curso da prescrição contra os titulares da pretensão. 2. Sucessão na ação real. 3. Boa-fé e má-fé. 4. O art. 165...

§ 674. Decurso do prazo *(subjetivamen te).* 1. Curso subjetivo do prazo. 2. Novação, títulos abstratos e assunção de mútuo

§ 675. *Impediência* e suspensão do *prazo prescricional.* 1. Impedir e suspender. 2. Declaração da insuficiência. 3. Credores solidários. 4. Dívidas da Fazenda Pública. 5. Falência e liquidação de banco ou instituição financeira

§ 676. *Prescrição* e *obstáculo legal* e *judicial.* 1. Obstáculo legal e judicial. 2. Férias forenses

§ 677. *Prescrição e exceção dilatória.* 1. Exercício de exceção dilatória. 2. Exceção do possuidor. 3.

Consignação em pagamento. 4. Retenção de pagamento, cessão de crédito e exceções. 5. Condição suspensiva e prazo inicial

Capítulo VII

Suspensão da Prescrição

§ 678. *Causas impedientes ou suspendentes da prescrição.* 1. Suporte fático e insuficiência. 2. Causas de impedimento ou de suspensão. 3. Sociedade conjugal. 4. Ascendentes e descendentes. 5. Tutela e curatela. 6.

Relações jurídicas com dever de guarda. 7. Incapacidade absoluta e outras causas subjetivas. 8. Incapacidade absoluta. 9. Ausentes em serviço público. 10. Serviço de guerra. 11.Prazos preclusivos. 12. Alcance do art.

169. 13. Reclamação perante a administração. 14. Código Comercial,art. 4ª1. 15. Domingos e dias feriados

§ 679. *Incontagiabilidade da suspensão.* 1. Princípio da separação das

pretensões. 2. Comunhão **Capítulo VIII**

Interrupção da Prescrição

§ 680. *Atos interruptivos.* 1. Causas de interrupção. 2. Ato interruptivo praticado no estrangeiro. 3. Paralisa-

ção parcial. 4. Citação (1). 5. Protesto (II). 6. Apresentação do título do crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (III). 7. Ato judicial que constitua em mora o devedor (IV). 8. Ato que importe em reconhecimento da pretensão pelo devedor ~J). 9. Incompetência do juiz 355

§ 681. *Interrupção pela citação.* 1. Interrupção da prescrição; generalidades. 2. Interrupção pela citação. 3.

Ex-tensão da ação proposta. 4. Reconvenção. 5. Medidas cautelares constritivas. 6. Desistência. 7. Suspensão do processo. 8. Despacho e citação. 9. Nulidade do processo. 10. Medidas cautelares em geral. 11. Embargos 368

de terceiro. 12. Despacho. 13. Despacho na petição inicial e prazo para a promoção

§ 682. *Interrupção da prescrição pelo protesto judicial.* 1. Protesto judicial. 2. Espécies de protesto 376

§ 683. *Interrupção por apresentação do título em juízo* de *inventário.* 1. Juízo de inventário. 2. Espécies de inventário

§ 684. *Interrupção por apresentação do título de crédito em concurso de credores.* 1. Concurso de credores.

2. Efeito interruptivo

381

§ 685. *Interrupção da prescrição por ato judicial que constitua em mora.* 1. Atos de que resulta a constituição em mora. 2. Inicio do efeito interruptivo

§ 686. *Interrupção* da *prescrição por ato de reconhecimento pelo devedor.* 1. Natureza do reconhecimento pelo devedor. 2. Reconhecimento de dívida e reconhecimento de obrigação. 3. Pagamento e reconhecimento.

4. Garantias, prazos e renúncia. 5. Incapacidade. 6. Interrupção punctual. 7. Interrupção da prescrição comercial. 8. Alegação de compensação e prescrição. 9. Suspensão e interrupção 397

§ 687. *Interrupção e recontagem.* 1. Perda do tempo corrido. 2. Duração da interrupção. 3. Mudança de juízo.

4. Protesto e comparência. 5. Extinção do processo sem julgamento do mérito. 6. Citação fora do prazo legal.

7. Reconhecimento da pretensão. 8. Sentença e interrupção. 9. Interrupção e processo judicial. 10.

Determinação do último ato processual. 11. Ordem dos julgamentos e outros incidentes 414

§ 688. *Extensão objetiva e subjetiva da interrupção.* 1. Princípio da separação das pretensões. 2. Exceções ao princípio da incontagiabilidade. 3. Legitimação à interrupção

Capítulo IX

Nascimento, Exercício e Renúncia da Exceção de Prescrição

§ 689. *Nascimento da exceção de prescrição.* 1. Terminação do prazo prescricional. 2. Alegação e renúncia.

3. Nascimento da pretensão e renúncia

§ 690. *Momento em que se há de opor a exceção de prescrição.* 1. Exercibilidade da exceção. 2. Momento de ser oposta a exceção. 3. Pendente o processo. 4. Nos recursos extraordinário e especial. 5. Conteúdo do art.

162. 6. Fazenda Pública e outras entidades

§ 691. *Eficácia* da *alegação de prescrição.* 1. Eficácia do fato da prescrição e eficácia da alegação de prescrição. 2. Exceção peremptória. 3. Eficácia da oposição da exceção. 4. Pretensões reais. 5. Pretensões pessoais. 6. Compensabilidade e garantia. 7. Exceções que subsistem....

§ 692. *Modo* de exercício do *direito de exceção.* 1. Exercício do direito de exceção. 2. Momento para excepcionar 3. Limite de eficácia. 4. Alegação e fundamentação.5. Ordem de exercício e ordem de exame

§ 693. *Ação regressiva contra* os *administradores.* 1. Relativamente incapazes. 2. História do art. 164. 3.

Pluralidade de responsáveis. 4. Ação condenatória e importe do dano. 5. Pretensões a que se refere o art. 164.

6. Analogia e art. 164

§ 694. *Declaração da prescrição.* 1. Declaração de encobrimento de eficácia. 2. Declaração de ser encobrivel a eficácia. 3. Eficácia das decisões

§ 695. Renúncia à prescrição. 1. Conceitos. 2. Renúncia prévia e ajuridicidade. 3. Pressupostos da renúncia.

4. Renúncia em juízo e fora dele. 5. Renúncia expressa e renúncia tácita. 6. Eficácia. 7. Ineficácia relativa. 8.

Prazos preclusivos

Capítulo X

Prazos Prescricionais

§ 696. *Prazos de prescrição e direito romano.* 1. Perpetuidade da eficácia. 2. Temporalidade edilicia

§ 697. *Prazos prescricionais.* 1. Tempo, elemento do supode fático. 2. Contagem dos prazos

§ 698. *Prazos prescricionais: rigidez.* 1. Aumento e diminuição negociais. 2. Abreviação do prazo prescricional. 3. Cláusula de prescrição ao imprescritível

§ 699. *Prazos* prescricionais: início. 1. Tempo e dimensão. 2. Inicio do prazo. 3. Exigibilidade

§ 700. *Prazos gerais, ordinários ou comuns.* 1. Espécies de prazos. 2. Alcance do art. 177

§ 701. *Ações pessoais.* 1. Prazo ordinário. 2. Espécies mais típicas. 3. Ação de indenização em caso de transportes por estradas de ferro. 4. Ação de enriquecimento injustificado. 5. Ação de sonegados

§ 702. Ações *reais.* 1. Prazos ordinários. 2. Presença e ausência. 3. Espécies dignas de menção. 4. Ação hipotecária. 5. Ações reais do usufrutuário

§ 703. *Prescrição da ação de execução.* 1. *Actio iudicati.* 2. Direito processual reinícola. 3. Tradição do direito luso-brasileiro. 4. Duas teses. 5. Erro de jurisprudência. 6. Execuções de dívidas passivas da Fazenda Pública. 7. Eficácia sentencial

§ 704. *Prescrição ordinária e direito comercial.* 1. Técnica da legislação comercial. 2. Prazos prescricionais menores

§ 705. Casos não-previstos *de prescrição.* 1. Dividas fiscais. 2. Dívidas ativas não-fiscais. 3. Ações reais contra a Fazenda Pública

§ 706. *Prazos de dias e de* meses. 1. Prazos de dez dias (art. 178, § 19. 2. Prazo de quinze dias (art. 178, § 22) ou de dez dias (Código Comercial, arts. 210 e 211). 3. Prazo de dois (art. 178, § 39 e de três meses (art. 178,

§ 4-º, I). 4. Prazo de três meses (art. 178, § 4º, II). 5. Art.178, § 5º, 1. 6. Prazo de seis meses (art. 178, § 5º, II). 7.Prazo de seis meses. 8. Prazo de seis meses (art. 178, § 5º V)

§ 707. Prazos *de* um ano. 1. O prazo do art. 178, § 6º, 1. 2. O prazo do art. 178, § 6º, II. 3. Os prazos do art.

178, § 6º, III e IV. 4. Prazo do art. 178, § 6º, V. 5. Prazo do art. 178, § 6º, VII. 6. Prazos do art. 178, § 6º, VI, VIII, IX e X. 7. Prazo do art. 178, § 6º, XII. 8. Prazo do art. 178, § 6º, XIII. 9. Prazo do art. 178, § 6º, XI

§ 708. *Prazos de* dois anos. 1. Prazo do art. 178, § 7º, 1. 2. Prazo do art. 178, § T, VI. 3. Prazo do art. 178, §

7º VII. 4. Prazo do art. 178, § 7º, II. 5. Prazo do art. 178, § 72, III. 6. Prazo do art. 178, § 7º, IV. 7. Prazo do art. 178, § 7º, V

§ 709. *Prazo* extintivo, negocia!, *de três anos.* 1. O prazo do art. 178, § 82. 2. Terminologia e sistemática quanto ao art. 178, § 82

§ 710. *Prazos de quatro* anos. 1. Prazo do art. 178, §92, 1-111. 2. Prazo do art. 178, § 92, IV

§ 711. *Anulabilidades por* vícios *e defeitos de vontade.* 1.Ações anulatórias. 2. Coação. 3. Erro. 4. Dolo. 5.

Simulação. 6. Fraude contra credores. 7. Incapacidade § 712. *Ação de impugnação de reconhecimento.* 1. O

art. 178, § 99, VI. 2. Legitimados

§ 713. *Prazos* de cinco anos. 1. Prazos do art. 178, §10, 1111. 2. Prazo

do art. 178, § 10, IV. 3. Prazo do art.

178, § 10, V

§ 714. Dívidas *passivas do Estado e outras entidades.* 1.Prazo do art. 178, § 10, VI. 2. Dívidas passivas. 3.

Início da prescrição. 4. Prescrição. 5. Preclusão. 6. Regras comuns. 7. Outras entidades. 8. Pretensões de uma entidade estatal, ou paraestatal, á outra. 9. Direito intertemporal. 10. *Actio iudicati*

§ 715. *Ações por ofensa ao direito de propriedade.* 1. Prazo do art. 178, § 10, IX. 2. Distinção necessária.

3. Posse e indenização

§ 716. O *prazo preclusivo do art. 178, § 10, VIII. O Código de 1973, art. 495.* 1. Ação rescisória de sentença.

2. Inicio do prazo. 3. Ação rescisória contra decisão em recurso de que não se conheceu

§ 717. *Sentenças homologatórias.* 1. Rescisão de sentenças homologatórias. 2. Rescisão da sentença conforme o art. 641 do Código de Processo Civil

Capítulo XI

Eficácia escapa ao encobrimento da Pretensão pela Prescrição

§ 718. Exceções *que permanecem.* 1. Encobrimento de eficácia e extinção do direito, da pretensão e da ação.

2. Exceção *non adimpleti contractus.* 3. Direito a compensar. 4. Prestação de segurança. 5. Exceção de ilícito criminal

§ 719. *Prescrição e obrigação natural.* 1. Se resta *obligatio naturalis.* 2.

Prescrição e mutilação

§ 720. *Concurso de credores, falência e concordata.* 1. O problema do dever restante do devedor concursal.

2. Concordata

§ 721. *Extinção dos direitos e prescrição.* 1. Termo e condição. 2. Perecimento do objeto. 3. Preclusão em virtude de exercitação do uso ou de prescrição

Capítulo XII

Natureza da Prescrição em Direito Penal

§ 722. *Conceito comum de prescrição.* 1. Incertezas e elementos perturbadores da investigação científica. 2.

Vacilação no direito penal. 3. Conceito comum de prescrição

§ 723. *Pena e sentença.* 1. Pena. 2. Sentença penal

Capítulo XIII

Prazos prescricionais e lei especial

§ 724. *Direito cambiário e cambiariforme.* 1. Direito cambiário e cambiariforme. 2. Ações cambiárias. 3. Enriquecimento cambiário injustificado. 4. Marcas de produto ou serviço, de certificação e coletivas **Capítulo XIV**

Causas de extinção e prescrição

§ 725. *Extinção, conceito.* 1. Causas de extinção. 2. Alcance da extinção

§ 726. *Encobrimento e extinção, modificação.* 1. Encobrimento de eficácia e extinção. 2. Extinção e modificação dos direitos, pretensões, ações e exceções

PARTE IV

Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos , pretensões,

ações e exceções. Prescrição

Capítulo 1

Exceções

§ 628. Conceito de exceção

1. *Conceito.* A exceção diz respeito à eficácia do *ius exceptionis* e à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, que ela "excetua". Não é alegação de nulidade, nem de anulabilidade, nem de rescisão, nem de resolução, ou resilição, ou de outra causa de extinção. Essas defeituosidades, mais ou menos graves, não são exceções; são espécies de não-validade e espécies de cortabilidade vedical *(rescindere)* ou resolução (resolução, resilição), ou simplesmente de extinção. Exceção é outra coisa. A exceção não ataca o ato jurídico, nem o direito em si mesmo. Exatamente, o fim da exceção é fazer-se atender, ainda mesmo a despeito da existência, validade, ou irrescindibilidade, ou irresolubilidade, ou irresilibilidade do ato jurídico.

Se, também, há nulidade, anulabilidade, ou rescindibilidade, ou resolubilidade, ou resilibilidade, é outra questão. Há prazo para se exercer ação constitutiva; não há prazo para se exercer a ação declarativa que há na exceção. Nos primeiros tempos, K. Hellwig *(Anspruch und Klagrecbt,* 10) ainda confundia a eficácia da exceção com a eficácia do direito de impugnação e com as anulabilidades; e os escritores alemães nunca se forraram, depois, de todo, a essas analogias com os direitos formativos, extintivos ou modificativos, e com as pretensões constitutivas negativas. Posteriormente, K. Hellwig *(Lebrbuch,* 1, 254), sem classificar, precisamente, as exceções, teve por errado o que dissera em 1900.

(a) No direito romano, a *excep tio* foi meio de oposição a efeitos, com fundamento no *ius honorarium.* O

conteúdo negativo, porém não radical, caracterizou-a desde cedo. Outrossim, o precisar de ser oposta (A.

Langfeld, *Lehre vom Retentionsrechte,* 156). Não se prende ao suporte fático da relação jurídica, como elemento previsto (W. Bucerius, *Erõrterung der* Exceptio, *Em rede und Einwendung,* 126); se bem que dela possa irradiar-se, como efeito, que é *(e.g.,* exceção de prescrição, exceção de não-adimplemento). Algumas nascem fora de toda a eficácia da relação jurídica, como, por vezes, o direito de retenção (A. Patuschka, *Die* Em *rede des nicht erftillten Vertrags,* 11).

(b) Há exceções a direito, a pretensão e a ação? Entende A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 310) que só existe exceção contra pretensão, e não contra crédito. A exceção *non adimpleti contractus* pode ser exercida antes de nascer a pretensão; podanto vai contra o direito. As exceções do locador, fundadas no art. 8º, *c), d)* e *e),* do Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 193ª, a que corresponde o art. 72, III e IV, c.c. art. 5ª, 1 e Ii, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, podiam ser exercidas sem que o locatário houvesse exercido a sua pretensão (art. 26), e não havia, segundo mostramos alhures, claramente, provocatoriedade na ação do locador

(c)Não se há de confundir exceção e ineficácia, absoluta ou relativa. A ineficácia exclui, logicamente, a eficácia, — é negação da eficácia; a exceção só encobre a eficácia, não a nega.

As exceções são também inconfundíveis com os direitos formativos extintivos, como o direito à compensação, e com as pretensões à decretação de nulidade ou de anulação. Não destroem, não extinguem; encobrem eficácia. Com aqueles e com essas têm de comum que precisam ser exercidas, no que as três classes se distinguem dos *fatos obstativos* e *extintivos, resolutivos* ou *resilitivos,* que independem de exercício. Esses são fatos; alegam-se e provam-se. Quem os alega não exerce direito; defende-se, objeta.

A expressão *exceptio dou* longe está de corresponder às exceções que se têm em vista quando hoje se emprega. Nem serviria, por estreita, "exceção de contrariedade aos bons costumes", ou "exceção de imoralidade", ou outra, que se procure. A maior reação dos sistemas

jurídicos contra o imoral e o contrário aos bons costumes está na regra que se lê no art. 145, II, 1ª parte, sobre a nulidade dos atos jurídicos. De exceção de dolo, contrariedade aos bons costumes, ou de imoralidade ou de ilicito, só se pode falar quando o ato jurídico não é, no seu conteúdo, nulo. Se o é, trata-se de invalidade, e não de encobrimento de eficácia.

De modo que o problema da conceituação se precisa. Adiante, trataremos da exceção de dolo.

(d)

Não temos mais a exceção de nulidade por vicio de forma e a de rescisão. Já aí não cabe excepcionar; mas acionar, ou contra-acionar (em reconvenção, ou em embargos do devedor).

(e) Assim como há a ação de direito material e a "ação" (direito processual), há a exceção de direito material e a "exceção", de direito processual; porém o fato de não se prever a "exceção" que corresponda à exceção (de direito material), em nada atinge a essa: é indiferente que se trate, processualmente, *ope exception is,* a exceção, ou que não se dê às exceções outro veiculo que a defesa.

(f)l Se, em caso de justiça de mão própria, o justiçado opõe exceção, apenas se encobre, com isso, a pretensão; se alega que, a despeito da existência da pretensão, ou da sua possibilidade, não cabe, na espécie, justiça de mão própria, objeta, não excepciona.

(g)

A objeção à exceção é defesa, não é exceção à exceção; apenas se alega que a exceção não existe, ou não mais existe. Nada tem tal figura com a exceção contra a exceção, a *replicatio,* como a exceção por despesas que se tenha contra o que detém a coisa, como titular da exceção, ou a de retenção contra o que tem direito ao pagamento de despesas.

2. *Direito material e exceção.* A exceção, em direito material, contrapõe-se à eficácia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. O excipiente exerce pretensão à tutela jurídica, como o que diz ter direito, pretensão e ação: ele o diz; por isso, excepciona.

Alegada em juízo, é *res in iudicium deducta;* inconfundível, pois, com o direito ou a pretensão à tutela jurídica. Se ha de ser postulada na defesa, ou em reconvenção, ou em incidente processual isso é assunto de direito processual, que aqui não vem ao caso. Nem se há de dizer que toda exceção pressupõe processo, ou juízo, em que se oponha. Tem-se de abstrair de tudo isso se se quer o conceito de exceção no direito material. 0 que importa é o seu conteúdo. A exceção também pode ser oposta extrajudicialmente. Exige-se a prova de o ter sido.

3.

Duas classes de exceções. No direito romano, permaneceu indescobeda a distinção entre o processo e o direito material; portanto entre as duas classes de exceções (E. W. Pfeiffer, Uber die dilatorische Einreden und Prozesseinwendungen, *Zeitschrift for Zivilrecht und Prozess,* 11, 110; J. R. Albrecht, Die *Exzeptionen des gemeinen deu tschen Zivilprozesses,* 208; E. Kannengiesser, Die *prozesshindernde Em rede,* 78). A distinção foi sendo feita pelos Glosadores, que separaram exceções dilatórias da solução (de direito material, portanto) e exceções *declinatoriae fori seu iudicii* (de direito processual).

4.

Eficácia das exceções. As ações podem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais, ou executivas. *As exceções são sempre declarativas.* Quer se acolham ou se repilam, as sentenças, a respeito delas, têm a força de declarar. Não há exceções constitutivas, condenatórias, mandamentais, ou executivas; ainda a sentença sobre exceção de retenção por benfeitorias, ou sobre despesas feitas, não condena: só declara. Essa declaratividade das exceções resulta da sua própria natureza (e, pois, da sua definição): só se recusa algo, excepcionandose, se alguém exige (pretensão); a exceção é *pos terius;* qualquer que seja a resolução, declara-se que há ou não há o *ius exception* is. (Isso não exclui a prévia *comunicação de conhecimento* do titular do direito a excepcionar ao titular do direito, pretensão, ação, ou exceção, sobre a existência da exceção.)

Temos, pois, de repelir a classificação das exceções como espécie de direitos formativos (sem razão, B.

Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 168 c; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 3ª6, ambos

sem discutirem). Só encobrem eficácia.

A exceção é contradireito, mas apenas encobre outro, ou encobre a pretensão, ou a ação, ou a exceção, a que se opõe.

Vista como efeito negativo, é direito à recusa da prestação extra-judicial e judicialmente, ou só judicialmente, porém, se aí confinássemos o conceito, deixaríamos de apontar outro efeito da exceção, que é o de obstar à compensação, ou às exceções, ou àjustiça de mão própria, quando a lei a permite. As exceções que o dono do prédio hipotecado, ou anticretizado, pode opor ao credor hipotecário, ou anticrético, ex *iure tertii* (isto é, as que teria o devedor pessoal e ainda que esse a elas haja renunciado), e são todas as que o devedor pessoal tem, excluídas a de prescrição da dívida garantida e a de poder o herdeiro do devedor principal invocar os arts. 1.587 ou 1.796, — dirigem-se contra direito, e não só contra pretensão.

A exceção supóe que o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, contra que se opõe, já *haja nascido* e subsista.

5.

Direito de exceção. A exceção supõe direito, que se exerça por meio dela; daí a parecença com a ação.

O que as distingue éapenas o estar a exceção em contraposição a algum direito ou efeito dele, sem no excluir, nem no modificar. O mesmo direito pode produzir ação, ou ações, e exceções. Porém seria erro dizer-se que pode usar de exceção aquele que tem ação. Ora, esse mudar de posição não é arbitrário; depende do direito material. Nem todas as ações se podem intentar *ope exception is.* Todo romanismo e toda confusão com as exceções processuais e o processo em exceções *(incidenter)* têm de ser excluídos, se queremos apanhar o conceito de exceção. A exceção apenas faz admitir-se o direito do excipiente, sem excluir, nem modificar o do excetuado. A via não faz a exceção ser ação, nem vice-versa. Coelho da Rocha *(Instituições,* 1, 117) viu bem o que é exceção: se (o réu) alega fatos, que, não destruindo diretamente a ação, contudo, se se provarem, o eximem do cumprimento da obrigação, ou ao menos perimem a instância, chama-se *exceção".*

6.

Exceção e direito de exceção. A exceção não é o *direito de exceção,* como a pretensão e a ação não são o direito a que se ligam. Excepcionar é exercer direito de exceção. Há direito cuja eficácia se estende para além das linhas dentro das quais está a eficácia de outro. A exceção é a possibilidade jurídica de prevale-cimento da eficácia de algum direito sobre a de outro, "encobrindo-a". De ordinário, vai contra a pretensão; porém seria erro dizer-se que é o poder de denegar-se o cumprimento de pretensão. Primeiro, porque pode ir contra a compensação, que é exercício de direito formativo, ou contra outra exceção. Segundo, contra exceções independentes.

7. *Quando nasce a exceção.* A exceção somente nasce *depois* de ter nascido o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, a que se opóe. Porque ela supõe eficácia que *recubra* toda ou parte de outra eficácia. Não se pode pensar em recobrimento de eficácia que ainda nao e. Portanto, pode já ter nascido o direito, ou a pretensão, ou a ação, a que se oporia, e a eficácia dele estar elidida, ou ainda em suspenso: do lado do eventual excipiente, há eficácia, porém falta, do outro lado, eficácia, que ela recubra. A oposição pode ser segundo o princípio da eventualidade: se for julgado que já há a eficácia, então atende o juiz à exceção. A alegação é, pois, de supor-se, na dúvida, *eventualiter*.

8.

Réplica e dúplíca. O direito que se contrapõe à exceção gera também exceção, se não elide o direito de que essa provém, ou não no modifica. É a *réplica (replicatio),* exceção da exceção *(exceptio* exceptionis).

"Replicationes", disse Ulpiano, "nihil aliud sunt quam exceptiones, et a parte actores veniunt" (L. 2, § 1, D., *de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis,* 4ª, 1). Na L. 22, Paulo explicou: "Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio." Dai por diante, em jogo de tênis (cf. Gaio, IV, §§ 127-129). A exceção contra a réplica chama-se *dúplica;* àexceção contra a dúplica, *tréplica (triplica* tio), conforme se lê na L. 2, §

3, D., *de exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis,* 4ª, 1. Dão-se encobrimentos sucessivos, de ida e vinda, sendo possíveis descobrimentos intermédios.

9.

Eficácia e encobrimento. A exceção, pois que não elimina no todo, nem em pade, o direito, a pretensão, ou a ação, ou outra exceção, e só lhes atinge a eficácia, para a encobrir, até onde vá a do direito, pretensão, ou ação, de que emana, não torna teoricamente ineficaz o direito, a pretensão, ou a ação, ou exceção, contra que se dirige, — apenas os torna *praticamente* ineficazes, porque, encoberta, a sua eficácia não pode *contra-ocorrer,* temporal ou definitivamente. Essa noção técnica de encobrimento evita negação do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, e da própria eficácia deles. A exceção não nega, sequer, a eficácia do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do excetuado, —só a *encobre.*

10.

Justiça de mão própria. Nos casos de justiça por si mesmo, há o resquício do justiçamento pelas próprias mãos + a exigência pelo titular de pretensão. Tanto basta para se ter de reconhecer que as exceções lhe podem ser opostas. De modo que a justiça ou o desforço pessoal deixa de ser "legal", se a exceção, invocada, *deveria* ter sido acolhida (1(. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 25ª; cl. Kohler, *Lehrbuch,I,* 191). Tudo se passa na vida, ao ar aberto; mas écomo se se passasse em juízo. Uma vez que a sentença sobre a exceção é declarativa, nenhuma dificuldade surge; o que importa é que o excipiente tenha exercido o seu direito de excepcionar.

11. *Exceção de limite à responsabilidade.* A chamada *exceção* de *limite à responsabilidade,* como é a do herdeiro, se a pretensão alcançaria o seu patrimônio, por exceder às forças da herança, não atinge a pretensão do credor; apenas *declara* que o seu patrimônio não é atingível pela execução. O herdeiro não nega a pretensão do credor, nem o direito dele; exclui o exercício de tal direito que iria ao ponto de invadir o seu patrimônio. Pense-se, pois, em *defesa* do herdeiro, e não em *exceção.*

12. *Invocações de direitos limitantes.* Tem-se procurado ver oposição de exceção na alegação de existir direito real, ou relação jurídica pessoal, como a de locação. Chegaram juristas a chamá-las exceções *não-*

substantivas, só extinguíveis com os direitos de que seriam sombras. No fundo, temem tais juristas admitir que a existência de direito, real ou pessoal, *possa* excluir pretensão do dômino, ou de outro titular do direito real. A concepção do direito real como rígido, absoluto, incólume, está à base de tal temor; mas tal concepção repugna ao que hoje consideramos propriedade, e não há no direito do locatário, por exemplo, outra coisa que *restrição* a elemento da propriedade. A diferença é de grande interesse prático, porque, se a alegação de haver direito oriundo da lei, ou de negócio jurídico com o titular do domínio, ou de outro direito real, fosse oposição de exceção, o juiz não poderia atender à hipoteca, ao usufruto, ao uso, à habitação, ao contrato de locação, se os titulares desses direitos não opusessem as exceções. Para o anacronismo, que, aí, impoda em erro, muito concorreram imperfeições redacionais como as dos §§ 986, alinea lt e 985 do Código Civil alemão, onde se pôs ambíguo "pode" *(kann).* Se há o direito, pretensão, ou ação, *real* ou *pessoal,* com eficácia contra o titular do domínio, ou do direito real, não se precisa nem se pode pensar em exceção. Só se há de ver e falar de exceção onde o direito é só de exceção, o que, na espécie, resulta da falta de eficácia contra o titular do domínio, ou do direito real, e da afirmação — no sistema jurídico — da *exceptio ex* iu *re terti* 1. A opinião dominante na doutrina alemã foi erradíssima, por misturar a alegação ex *iure prop rio* e a alegação ex iure *tertii,* tal como ressalta em G. Planck *(Kommentar,* III, 473), Th. Kipp, em B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9º ed., 213, cf. E. Heymann, *Das Vorschtitzen der* Verjährung, 35, 83 s., 142 s.), H. Dernburg (Das *Bfirgerliche* Recht, III, 420), K. Maenner *(Das Sachenrecht,* 243), Fr. Leonhard (Die *Beweislast,* 414), A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* 1, 291 e 299, nota 41), K. Hellwig *(Anspruch und Klagrecht, 7,* nota 24) e H. C. Hirsch (Die *Ubertragung der Rechtsausúibung,* 211 s.).

A verdadeira solução demo-la acima, e filia-se às investigações e conclusões de A. Thon *(Rechtsnorm und* subjektives *Recht,* 276 s.), EX Friedenthal *(Einwendung* und *Einrede,* 42 s.), E. Hólder (tiJber Anspriiche und Einreden, *Archiu fàr* die *civilistische Praxis,* 93, 77 s.), A. Rappapod *(Die Einrede aus dem frenden Rechtsverháltnise,* 32 s.), H. Siber *(Der Rechtszwang im Schulduerhãltniss,* 133 s. *Die Passivlegitimation hei der rei vindica* tio, 227 s. e 35ª s.), Margarethe Scherk (Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, *Jherings Jahrbucher,* 67, 301 s., 357 s.), J. Schtiller *(Begriff und Wirkung der* Stundung, 29), L.

Raape (Gebrauchs — und Besitzúberlassung, *Jherings Jahrbúãcher,* 71, 166); aderindo, M. Wolff *(Lehrbuch,* III, 27º-32º ed., 278, nota 14).

13.

Exceção, direito *negativo.* A exceção é direito negativo; mas, no negar, não nega a existência, nem a validade, nem desfaz, nem co-elimina atos de realização da pretensão (compensação), — só encobre a eficácia do direito, pretensão, ação ou exceção que se exerceu contra o excipiente. Bem fraco negar, ainda quando se trate de exceções peremptórias. Dependente de ser exercida, a exceção distingue-se dos fatos pré-

excludentes, modificativos e extintivos. O exercício da exceção e a prova dos fatos pré-excludentes, modificativos e extintivos são inconfundíveis; por isso, basta, para esses, que o juiz os encontre provados nos autos, ainda que o réu não os tenha articulado. Não assim quanto à exceção: em vez de fato, o que o juiz tem de encontrar é o *exercício* do direito do réu, o exercício do *ius exceptionis.* Nenhuma contestação do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção do autor há no exercício da exceção; o fato, quer pré-exclua, quer modifique, quer extinga, é, em si mesmo, contrariedade. Por mais cumprida e completamente provada que esteja, nos autos, a exceção, se não foi oposta, isto é, alegada como exercício (= comunicação de conhecimento + comunicação de vontade), nada pode o juiz no sentido de atender a ela. O caso típico é o da exceção de prescrição em *res* patrimonial. São conceitos que hão de ser retidos.

14.

Exercício e *preclusão.* Do conceito de exceção é ineliminável que depende do demandado, ou devedor, exercê-la. A vontade do titular do direito de exceção é que pode cobrir a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou da exceção de quem vai contra ele. De um lado, há direito, pretensão, ação, ou exceção que existe e tem exposta a ser encoberta a sua eficácia; do outro, a exceção, que existe, e não tem a eficácia de encobrir a outra eficácia, enquanto não se exerce. Naturalmente, esses desníveis entre existir e ser eficaz, máxime se atendemos a que a exceção, depois de exercida, encobre, *desde* que ela existe, a eficácia do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, a que se opõe, intrigaram profundamente os juristas. A alguns parecia estranho (e suspeito de insuficiente estudo) que se pudesse recusar a prestar, sem se cortar a pretensão, a ação ou a exceção, pelo menos em algo mínimo: nota-se logo o substancialismo a que se subordinava a filosofia jurídica deles.

Pode-se dizer que o conceito de *exceptio* nasceu com o processo formular romano, mas transformou-se até se caracterizar exatamente como o fato que não impede o nascimento, nem a continuação de existir dos direitos, pretensões, ações e exceções, nem atinge a sua validade, ao nascerem, ou continuarem. O depender da vontade do excipiente é-lhe essencial; e a aparente (só aparente) anomalia da exceção de coisa julgada explica-se por ser a sentença prestação jurisdicional do Estado, através do juiz, prestação na relação jurídica processual, que se formou com o exercício de pretensão á tutela jurídica e, pois, pertence ao Estado como às partes, que obtiveram a prestação. A ciência revelou a indispensabilidade do conceito, para se entender e descrever a incidência e se aplicarem certas regras jurídicas. A exceção é, pois, categoria jurídica que não se poderia eliminar, sem se alterar, profundamente, o sistema lógico do direito. Também o ato jurídico anulável pode fazer-se válido, fazendo-se imune, com a prescnçao ou a ratificação, à ação de anulação, e pode o crédito compensável não ficar sujeito à compensação se não foi alegada em devido tempo a compensação.

Nas três espécies, a eficácia fica exposta, — exposta à anulação, que vai até a existência (existência e eficácia expostas), exposta à compensação, que atinge a realização de pretensão, e exposta à exceção, que só se dá no plano da eficácia, *cobrindo-a.*

§ 629. Exceções independentes e exceções dependentes

1. *Dicotomia.* Segundo a exceção vem contra o direito ou contra a pretensão, ou contra a ação, ou contra a exceção, em sua eficácia, *a)* baseada em direito que não é aquele em que ela se contém, ou *b)* só se apoia em si mesma, no *ius excepcion* is, diz-se, respectivamente, não autônoma (dependente) ou autônoma (independente). A exceção de prescrição é independente: ela é o conteúdo (imediato) do próprio direito de excepcionar; todo o seu efeito é o de permitir a recusa à prestação, ou ao atendimento da pretensão (raramente só ação ou "ação" de outrem). A chamada exceção do doador *(beneficium cornpetentiae),* que se fundaria, ex *argumento,* no art. 1.176 do Código Civil, não é exceção: temos a ação do *beneJicium competentiae;* não temos a exceção *(aliter,* no direito alemão, § 519). O *benejicium excussionis* éexceção autônoma. A exceção do possuidor, nas espécies do art. 486 (posse imediata), é não-autônoma: só o é, porque há outro direito, de que resulta; não é, só por si, conteúdo do direito de

excepcionar. A *exceptio* rei *venditae et traditae* é dependente. Também o é a de retenção por benfeitorias, ou por despesas que hajam de ser reembolsadas.

2. *Exceções dependentes.* As exceções dependentes (ou não-autônomas) existem com o direito, de que provêm, e a ele são ligadas. Diz-se que o usufrutuário, por seu usufruto, a tem; e o locatário, pela posse imediata, durante a locação. Só se dirigiriam contra o titular de determinado direito, que é o sujeito passivo da relação jurídica, a que corresponde o direito de que provêm. Não está certo. Tratando-se de direito real, o sujeito passivo é total; de modo que a exceção iria contra o que tenta exclui-lo, como proprietário, ou como possuidor mediato. Mas, aí, há pretensão, ou ação, e não exceção; pois o que exerce a pretensão nega o direito real, ou o que se defende nega o direito do outro. Nos direitos obrigacionais, sim, a exceção pade do devedor contra o credor, ou parte do credor contra a exceção do devedor, em réplica, ou contra o sucessor *mortis causa,* ou nos demais casos previstos em lei (e.g., art. 611).

3. *Extinção das exceções dependentes.* As exceções dependentes extinguem-se com o direito, de que provêm.

Pode-se renunciar àexceção, sem se remitir a dívida ou sem se renunciar ao crédito. Questão delicada surge a propósito de prescrição da pretensão, se há exceção contra essa. Alguns entendem que, prescrita a pretensão de A contra B, dela não podem derivar exceções dependentes, de A contra B; outros, que as exceções dependentes perduram. O problema não está em se saber se existe, como princípio geral, o principio “Extinta a pretensão, extinta a exceção”, ou o princípio* “Extinta a pretensão, fica a exceção.” Esse é falso. Sabiam-no os velhos juristas portugueses. Prescrição não é causa de extinção.

Se a matéria da exceção podia ser posta por via de ação, cessa com a ação (Gabriel Pereira de Castro, *Decisiones,* 206: exceptio ilIa sola perpetua est, cuius materia non potuit proponi per viam actionis”); mas a ação prescrita não é ação cessada, e a exceção subsiste: “vero quando pro ilIa re consequenda agi potuit, pro qua modo excipitur, si actio iam praescripta est, sic et pariter exceptio extincta censeil debeat, ne sublata actione, a qua dependet, exceptio ipsa adhuc supersit”.

4. Extinção *das exceções independentes.* A extinção das exceções independentes pode dar-se, de regra, pela *renúncia,* mediante declaração unilateral, recepticia, de vontade (H. Walsmann, *Der* Versicht, 115 s.) sem razão em exigir o contrato, E. Suppes, *Der Finredebegrifi,* 14 s., opinião já superada). As outras dependem das regras jurídicas sobre a extinção do direito (real ou pessoal) de que emanam. São possiveis, todavia, o pré-contrato (= promessa de extinguir) e a promessa de não exercer a exceção (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 582).

§ 630. Exceções peremptórias e exceções dilatórias

1. *Dilatoriedade* e *peremptoriedade.* Dilatar é alargar; de latum também vieram "dilação‟W‟latitude", "lato" (= largo); já no latim, *Iadus,* lado. Perempto é o que foi tomado em todo o caminho, o que não se confunde com extinto (cp. *per-emest, pert-emest).* Dai contrapor-se perimir a dilatar.

2. *Espécies.* As exceções ou dilatam ou perimem, isto é, apenas encobrem, temporariamente, a eficácia (exceções dilatórias), ou a encobrem para sempre (exceções permanentes). As que encobrem temporariamente ou cessam de ter efeito a dado momento, ou em ser destruidas por ato do titular do direito a cuja eficácia se opõem, ou só têm efeito enquanto não se têm por ceda alguma situação.

A peremptoriedade da exceção não significa que, à diferença da dilatoriedade, em virtude dela se exclua o direito, a pretensão, ou a ação, ou, se em causa *replicatio,* a própria exceção. Apenas se alude à permanência do encobrimento, no tempo (= co-perpetuidade, contra-eficácia incessante).

A exceção *non adimpleti contractus* (art. 1.092, V pade), as exceções do fiador por compensabilidade da divida principal (exceção, embora, no direito brasileiro, não haja exceção de compensação), a de excussão (art. 1.4ª1), a exceção do possuidor imediato se o mediato houve do proprietário a coisa, em virtude de relação jurídica real ou pessoal, oriunda de ato jurídico válido ou de regra de lei, são exceções dilatórias.

As exceções de prescrição e de origem criminosa do crédito são exceções peremptórias.

§ 631. Exceções pessoais e exceções impessoais

1. Exceções *dependentes.* Tratando-se de exceções dependentes, o dirigirem-se pessoal (= serem in *personam),* ou impessoalmente serem in *rem),* deriva da natureza do direito em que se fundam. Se a relação jurídica é só pessoal, ao credor é que tocam e apenas contra o credor, salvo transferência do direito, conforme os principios (e.g., a exceção contra o locador opõe-se ao adquirente do prédio, se a relação jurídica de locação não cessou). Se a relação jurídica é real, a exceção é ligada ao titulo do direito real, e dirige-se contra qualquer pessoa.

2. *Exceções independentes.* Tratando-se de exceções independentes, de regra são impessoais as exceções, —

transmitem-se aos sucessores do titular originário *(exceptiones rei* cohaerentes) e se dirigem contra os sucessores da pessoa contra quem originaria-mente se dirigiam. São assim, por exemplo, as exceções de prescrição, de coisa julgada e de benfeitorias ou despesas.

Se há titular de direito acessório, ou obrigado acessório, pode ele exercer, em principio, as exceções do titular principal, ou do obrigado principal (exceptio ex *jure tertii).* Assim, o sublocatário tem as exceções do locatário contra o locador, a despeito do art. 1.202, § 2º, que não se refere às exceções *ex jure tertii* (cf. art.

1.199), o possuidor imediato tem a exceção de retenção do possuidor mediato, o fiador as do afiançado (art.

1.502), e o dono da coisa empenhada ou hipotecada, ou anticretizada, as exceções do devedor pignoraticio, ou do devedor hipotecário, ou anticrético.

3. *Erro a evitar-se.* Quando a exceção é ligada a direito, de que

depende, como a de retenção, e a *non adimpleti contractus,* só o titular do direito a tem. Por outro lado, toda exceção se dirige a encobrir eficácia de direito, — razão por que só se pode exercer contra o titular desse direito. A propósito convém notar que alguns juristas confundem a objeção, que o titular do direito real pode opor, com exceção. Por exemplo, escreve A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 1, 301s.) que ao possuidor da coisa, que tem direito real sobre ela (penhor, usufruto), cabe exceção contra quem quer que demande a restituição da coisa. Ora, o que aí exerce o autor é a objeção do direito real, e não exceção. Ao princípio de que a exceção só se lança contra o sujeito ativo de algum direito de que o titular do direito de exceção é sujeito passivo abre a lei a brecha do art. 1.072

do Código Civil (exceções contra o cedente são oponiveis ao cessionário).

§ 632. Exercício da exceção

1. Onde se *exerce a exceção.* A exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. Levou-se longo tempo até se compreender que, pelo conceito de exceção de direito material, não poderia ela ser dependente de intentação de pleito. A exceção é res in *iudicium deducta,* se há processo; se não há, opóe-se cá fora, na vida extrajudicial. Para se ver quanto custou à doutrina chegar a essa convicção simples, que elementos históricos, romanísticos e pseudo-romanísticos, impediam se conseguisse, basta lembrar-se que, até pouco, o enunciado verdadeiro (P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* V ed., 588; C. Crome, *System,* 1, 184; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 297; P. Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 3ª1; K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 10; E. Suppes, *Der Einredebegriff,* 38; H. C. Hirsch, *Die Ubertrangung der Rechtsaust~bung,* 48) ainda teve quem o discutisse e negasse *(e.g.,* F. Endemann, *Lehrbuch,* 8º-9º ed., 1, 515, nota 29, J. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 111, nota 3; R. Leonhard, *Der Aligemeine Teu?,* 219; H. Siber, *Der Rechtszwang im Schuldverhâltniss,* 143; F. Friedenthal, *Einwendung und Einrede, 66).*

2. *A que se opõe a* exceção. A exceção pode contrapor-se: *a)* àeficácia do direito, como a exceção *non adimpleti contractus; b)* à eficácia da pretensão, como a de prescrição; ou *c)* só à ação, como a exceção de coisa julgada; ou *d)* à exceção. Se a exceção da espécie *b)* nasce ao

mesmo tempo que a pretensão, não se pode dizer que a pretensão não nasceu: a pretensão foi o *prius.* Se a exceção da espécie *c)* nasce ao mesmo tempo que a ação, a ação é *prius.* Por isso, primeiro se há de julgar a ação; depois, a exceção; e pois *Actore non probante, reus,* etiamsi *nihil probaverit, absolvitur.* E excepcionar, só por si, não é confessar a ação, se o réu a nega (Marcelo, L. 9, D., *de exceptionibus, Praescriptmonubus et praeiudicuis,* 4ª, 1): "Cedo que se não tem que confessar, respeito à demanda, o adversário, com quem se litiga, porque utiliza exceção" ("Non utique existimatur confiteri de intentione adversarji is quocum agitur, quia exceptione utitur").

3.

Quando se opõe a exceção. Sem que o titular da pretensão exija a prestação, não pode ser exercida a exceção. De ordinário, à pretensão do credor opóe-se a do devedor. Porém não é necessário que a exceção só consista em encobrir a eficácia da pretensão; pode só encobrir a eficácia da ação, ou de outra exceção; e pode ir além: encobrir a eficácia do direito mesmo, ou de algum ou alguns dos seus elementos ou efeitos.

A alegação do usufrutuário, ou do usuário, ou do credor anticrético, ou pignoratício, quando se recusa a devolver a coisa, é *defesa,* não é exceção. Não impoda se o proprietário de há pouco vendeu *toda* a coisa: para o usufrutuário, o usuário, o credor anticrético, ou pignoratício, a venda do uso e do fruto, ou do uso, ou da posse, é ineficaz. A alegação disso é defesa, não éexceção. A doutrina tem incorrido, frequentemente, em tal erro de tomar por exceção o que é defesa.

4. *Exceção e* exercício *do direito a excetuar.* A exceção precisa ser exercida. Não há exceção que, sem o exercitar-se, opere. Mesmo porque uma coisa é o direito de excepcionar (ius *excep* tionis); e outra, a atividade exceptiva, que é a exceção. Nunca se leva em conta exceção de direito material, que não foi oposta. E cedo que, nascida no direito processual, existe a exceção de coisa julgada, a que o juiz pode atender, sem ter sido invocada, porém, aí, excipiente é *também* o Estado (nossos Comentários *ao Código de Processo Civil de 1939,* II, 90). Quando se trata de fatos extintivos, o juiz não fala em nome do Estado "alegante" para julgar improcedente a demanda. A prescrição não é alegável de ofício, porque resulta isso da natureza mesma das exceções.

§ 633. Defesa e exceção

1.

Os dois conceitos. Quem se defende *(de-fendere)* vai contra o que o golpeia, o empuxa (of-Jendere; *fendere* = golpear). Ataque contra ataque: alguém disse, postulou; outrem, que defende, nega.

A defesa, dita, também, objeção, contraria a projeção do direito, da pretensão, ou da ação, ou da própria exceção. Um afirma que o direito é, ou foi, ou *vai ser;* outro, que *não é,* ou *não foi,* ou *não vai ser*. Algumas vezes, ao longo da dimensão do tempo: não é, não foi e não será; outras vezes, admite-se que foi e não é mais (posto que se haja constituído o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, extinguiu-se; *e.g.,* houve pagamento). Aquele mesmo que nega a exceção, que outro opõe, defende-se; não excetua. Alguns autores falam de objeções obstativas do direito, da pretensão, ou da ação, ou da exceção, como se se objeta que o ato jurídico é nulo, ou anulável, ou rescindível; mas já aí se dilata o conceito de objeção, porque se faz abranger aqueles casos em que se exerce direito formativo ou pretensão formativa.

2. *Encobrimento e descobrimento da eficácia.* A exceção não corta, não objeta; a sua eficácia afirma-se, e a outra eficácia, em virtude disso, fica *encoberta.* Por isso mesmo, se se opõe exceção e essa desaparece (e.g., pela renúncia), a eficácia, que fora encoberta, descobre-se: o sistema jurídico atende a isso; o juiz reconhece-o. Se houve objeção (e cabia) de eficácia do direito, pretensão, ação, ou exceção, não mais se pode pensar nesse direito, nessa pretensão, nessa ação, ou nessa exceção; eficácia, que exsurgxsse, seria de outro direito, de outra pretensão, de outra ação, ou de outra exceção. inadmissíveis, portanto, dois sofismas de Th. Kipp, no *Lehrbuch* de B. Windscheid, 1, 214: *a)* quanto a ressurgir o direito que desaparecera com o fato extintivo, se esse, depois, foi objeto do exame da extinção que se impugnou, com êxito; *b)* nos casos de extinção pela compensação que depende de ato jurídico, o negócio jurídico dos interessados, tornando sem efeito a compensação, restabelece o direito extinto. Ali, o direito não desapareceu, porque a decretação da nulidade ou rescisão da decisão foi *ex tunc;* aqui, desapareceu, e "tornar sem efeito a

compensação" é má expressão para "dar efeito ex *tunc* ao novo negócio jurídico".

Exercida a exceção, interpreta-se, na dúvida, a favor do excipiente (Alvaro Valasco, *Decisionum Consultationum ac rerum iudicatarum,* 1, cons. 97, nº 3, 217).

3. *Pseudo-exceções.* Fala-se, conforme dissemos, da exceção do usufrutuário, do credor, pignoratício ou anticrético e do usuário contra a pretensão do proprietário. Em verdade, porém, o proprietário não pode reivindicar *contra* tais titulares de direito real: os direitos reais são direitos com sujeitos passivos totais e excluem, no que é conteúdo seu, a pretensão do proprietário; não só se excepciona. Assim, a alegação do réu de que é usufrutuário, credor pignoratício ou anticrético, ou usuário, é *defesa:* ou o autor a admite, ou não a admite; o juiz tem de julgar improcedente a ação de reivindicação contra o titular de direito real, que não pretendia negar o direito do proprietário, nem alienou o bem do usufruto. Não é a posse que ele invoca; é o direito real. A eficácia desse não *encobre* a do direito de propriedade; elide-a, nega-a, exclui-a, no que se lhe tirara. Não basta, para que haja exceção, que não se negue: é preciso que se encubra a eficácia de outro direito. Mas cabe que se negue se só se trata de negar exceção, porque excetuar é exercer direito. Quem nega vai além da exceção, inclusive nega existir a exceção ou ter sido exercida.

A opinião dominante, até há pouco, via na alegação do usufrutuário e outros titulares de direito real, com posse imediata, *exceção,* e não *defesa.* Por exemplo, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 581), A. von Tuhr (Der *Aliqemeine Teu,* 1, 299 s.), K. Hellwig *(Anspruch uind Klagrecht,* 7, nota 24), E. Zitelmann (Ausschluss der Widerrechtlichkeit, *Archiu* fOr *die* ciuilistische *Praxis,* 99, 33), 1(. Cosack *(Lehrbuch,* 1, V ed., 258), Fr.

Hellmann (Vortràge, 205), H. C. Hirsch *(Die Ubertragung der Rechtsausúbung,* 211 s.). Contra esse engano insurgiram-se, em 1878, A. Thon (Rechts *norm und* subjektives Recht, 276 5.); depois, O. Fischer (Recht *ind Rechtsschutz,* 106), F. Friedenthal *(Einwendung iind Einrede,* 42 s.), E. Hólder (Uber Ansprúche und Einreden, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 93, 77 s.), C. Crome (System, 1, 189 s.), A. Rappapod *(Die* Em *rede* aus *dem fremden Rechtsverháltnisse,* 32 s.), H. Siber *(Der Rechtszwang,* 133 s.) Die Passivlegitimation bei der *rei vindicatio,* 227 s.), A. Last (Von der Einwendungen gegen die *rei*

uindicatio, Grbnhuts Zeitschrift, 36, 5ª6) e, com a maior fundamentação, Margarethe Scherk (Die Einrede aus dem Recht zum Besitz, *Jherings Jahrbúcher,* 67, 301 s. e 357 s.).

A exceção não corta, não elide; encobre a eficácia: o seu ir contra", o seu "opor-se", não é mais do que isso; só repele eficácia, por meio de declaração de vontade recusante (Weigerungserklãrung; cf. P. Oedmann, Einrede und Verzug, *Zeitscrift fOr das gesamte Handelsrecht,* 78, 23; contra: Th. Kipp, nota 1 a B.

Windscheid, *Lehrbuch,* 11,139, e E. Zitelmann, *Allgemeiner Teu,* 30 s.). O proprietário, que reivindica a coisa, pode não desconhecer a posse imediata do demandado, e ressalvá-la. Se a desconhece, *e.g.,* se o usufrutuário recebeu o usufruto de possuidor que conseguira transcrição, ou a reivindicação triunfa contra a defesa ou perde, não há pensar-se em exceção. Se o possuidor imediato recebeu de outrem a posse e esse terceiro a teve do proprietário reivindicante, sem que, todavia, pudesse transmiti-la, tem o réu de chamar à demanda o terceiro. Se o possuidor alegou possuir em nome de outrem, ao autor cabe a integração subjetiva.

Quando o proprietário invoca pretensão do seu direito de propriedade contra algum possuidor, que possui justamente, *pelo menos* no tocante à posse, é injusto o seu pedido: do outro lado está titular de direito, que o exerce, sem ser, portanto, contra direito a sua posse. Tudo gira em torno de direito e não-direito. Quando o proprietário propõe a ação de reivindicação, para haver, também, a posse da coisa, claro é que nega a posse do que detém a coisa, ou o seu direito à posse. Não se pode pensar em encobrimento de eficácia, e sim de *corte* ou negação. O não ser proprietário o possuidor e ter direito à posse supõe direito, e não só exceção.

4. Direito *de retenção.* Muito diferente é o que se passa com o *direito de retenção.* Não se confunde ele com o direito à posse; inclusive a defesa do direito à posse suspende a prescrição da ação de reivindicação, ao passo que a exceção de direito de retenção não na suspende. O direito à posse exclui a entrega; o direito de retenção apenas a condiciona á prestação, devido a cuja solução se retém a coisa. Direito de retenção não é direito à posse, mas à tença (= retenção). Para se ver a que absurdo levaria ter-se, não como defesa, e sim como exceção, a alegação do direito de posse, basta pensar-se em que a *renúncia* da exceção deixa *inencobrfvel* a pretensão a que seria contrária, enquanto

a renúncia do direito posse conduziria a extinção desse direito, sujeito talvez a regras jurídicas de inalienabilidade. O sujeito passivo da pretensão reivindicatória é só o possuidor que não é autorizado a possuir (H. Siber, *Die* Passiulegitimation *bel der* rei vindicatio, 227 s. e 25[a]). O que alega o seu direito real, ou de posse, defende-se; defende todo o seu direito, contra, pelo menos, pade do direito do autor. Há concorrência de pretensões, ou de ações. O direito à posse vai contra a pretensão a re-haver a coisa, excluindo-a; a exceção não iria contra ela para a excluir, iria apenas para a encobrir. A reivindicação pode dar-se sem a entrega da coisa, se o que tem o direito à posse também pretendia excluir a propriedade: então, a ação éprocedente, salvo o direito à posse. Não importa se o direito a posse tem base real, ou pessoal, feitas, está claro, as devidas distinções da eficácia. Se o possuidor tem direito à posse e éjulgada a ação nesse sentido, não restitui frutos, sem que caiba apurar-se se estava, ou não, de má-

fé. Se não no tem, responde segundo as regras jurídicas dos arts. 510-519 (cedo, R. Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz *im burgerlichen Recht,* 475; sem razão, F. Lent, Die *Gesetzeskonkurrenz,* 1, 291 s.).

A pretensão que possa ter o proprietário, de direito pessoal, para a entrega da coisa só se dirige contra a afirmativa do possuidor, contrária a essa pretensão; a pretensão real à entrega éoutra pretensão, que supõe nenhum direito contra ela e negação da pretensão.

§ 634. Eficácia das exceções

1. Eficácia *no tempo.* As exceções, já o vimos, ou são *dilatórias* (ou suspensivas), ou *peremptórias* (permanentes). Alude-se, aí, aos seus efeitos, no tempo. Aquelas podem ser elididas por ato do credor, como se presta a garantia a que se refere o art. 1.092, 2º alínea. A exceção suspensiva paralisa o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, enquanto existe; e somente se a ação é a respeito de crédito futuro, ou crédito com pretensão paralisada (e.g., ação declaratória), não se julga improcedente. Se cessa a exceção, a pretensão retoma a sua eficácia, que fora encoberta inclusive para ser acionado o devedor; e a coisa julgada da sentença que julgou pela improcedência da ação não impede a ação nova, pois a primeira foi só" por enquanto" (K.

Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 162 s.) e 11, 18). Também as exceções de inadimplemento e a de retenção não significam que o devedor se nega a prestar, e sim que se recusa a prestar como *quer o credor:* não se contesta a demanda, excepciona-se suspensivamente. O réu, na ação, pode ser condenado a prestar, satisfeita a exigência do excipiente (sem razão, F. Endemann, que vê ai objeção, e não exceção).

2. *Eficácia das exceções* peremptórias. As exceções permanentes, peremptórias, definitivas, encobrem, para sempre, a eficácia do direito, pretensão, ação, ou exceção. A exceção de prescrição é uma delas. Porém é erro concluir-se, pelo fato de serem definitivas, que têm efeito excludente, destrutivo. Não destroem, nem excluem. A única diferença entre o efeito das exceções permanentes e o das exceções dilatórias está em que o daquelas *dura para sempre.* Ora, o tempo, só por si, não transforma em destruição o que é apenas encobrimento. A exceção de excussão e a exceção *non adimpleti contractus* são dilatórias: se o excetuado coopera, está excluída. A exceção dilatória pode durar indefinidamente, até que outra exceção surja *(e.g.,* a de prescrição): a retenção *(ius retentionis)* persiste enquanto o excetuado não atende ao direito, ou pretensão, ou ação do excipiente.

3. Oposição *da exceção, no tempo.* As exceções permanentes dão ao excipiente a faculdade de se opor, em qualquer tempo (P. Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 297). Praticamente, porém apenas praticamente, a prestação fica, em tais espécies, como não-devida, pois o devedor presta, se quer prestar, tanto mais quanto, se o devedor presta sem conhecer a exceção, cabe a *condictio indebiti* (arg. ao art. 964, salvo se se trata de prescrição). Em verdade, porém, a pretensão continua de existir, apenas com a sua eficácia encobeda, razão por que: *a)* o devedor tem de invocar a exceção, para que se declare a ineficácia (os direitos, as pretensões, as ações e exceções presumem-se eficazes); *b)* a renúncia do devedor à exceção, se é possível, deixa em toda a sua incolumidade o direito, a pretensão, a ação ou exceção; c) se a *lex nova* extingue a exceção, se descobre a eficácia do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção cuja eficácia fora encoberta. Invocada a exceção, o direito, a pretensão, a ação ou a exceção fica com a eficácia encoberta, não pode exercer-se: se foi proposta ação, julga-se improcedente. Falou K. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 24ª; *Anspruch and Klagrecht,* 9) de extinção da pretensão; contra, F. Friedenthal *(Einwendang and Einrede,* 69), para quem a pretensão

subsiste, e outros o seguiram (P. Langheineken, *Ansprach and Einrede,* 3ªª s.; O. Wendt, Wie etwas heisst und was es ist!, *Archiv for die ciuilistische Praxis,* 103, 422). Não há dúvida que K.Hellwig confundira exceção e direitos à desconstituição negativa. Exceção não destrói. Para que a exceção tenha efeito destrutivo, é preciso que a lei crie *eficácia anexa,* ou se a prescrição é um dos elementos do suporte fático da extinção. Tal é o caso, no direito brasileiro, do art. 84ª, VI, do Código Civil, respeito àextinção da hipoteca pela prescrição da pretensão hipotecária. Não se diga que também se extingue quando prescreve (art. 84ª, 1) a dívida: divida prescrita não é dívida extinta (cp. art. 970); o cumprimento da obrigação prescrita não dá ensejo à *condictio indebiti;* para que a prescrição produzisse extinção das garantias reais, seria preciso que a lei especial o dissesse e se obtivesse o cancelamento da inscrição, com a sua eficácia mandamental-constitutiva típica, ou mandamental da sentença que julgasse a exceção de prescrição. (De passagem, é de notar-se que a exceção de prescrição é diferente das outras exceções permanentes, em que, ainda que o devedor, que pagou, ignore a existência da exceção, não cabe a condictio *indebiti.)* Ainda nos arts. 739, VI, 745 e 748, não é a exceção que extingue: há incidência de regra jurídica especial, em cujo supode fático se acha o prazo prescricional.

4. *Quasi nulia obligatio.* A pretensão cuja eficácia foi encoberta pela exceção peremptória é pretensão que se diz quase nula *(quasi niflia obligatio).* Não é, porém, inexistente (= extinta) nem nula. A sentença, na ação declaratória positiva, teria de dizer que ela existe e apenas a exceção lhe encobriu a eficácia; na ação declaratória negativa, a sentença teria de concluir pela improcedência. Isso não quer dizer que não possa ser intentada ação declaratória positiva da relação jurídica do direito de exceção; ou a negativa. De ordinário, é repetível o pagamento, salvo se se trata de pretensão prescrita (art. 970).

Se ocorre acolhimento de exceção peremptória, está encoberta a eficácia da pretensão e a ação é julgada de modo a que não se possa renovar. Mas a pretensão persiste (P. Langheineken, *Ansprach and Em rede,* 3ª3 s.).

Lei nova, por exemplo, pode descobrir-lhe a eficácia, extinguindo a exceção, se o direito intedemporal o permite.

§ 635. Prescritibilidade das exceções?

1. *Exceção* e *extinção do direito de exceção.* Por sua natureza de *posterias,* a exceção não poderia ser sujeita a prescrição; pois seria combater-se a inatividade de quem ainda não poderia exercer o direito de excetuar: toda exceção, para se opor, supóe que se exerça o direito, ou a pretensão, ou a ação, ou a exceção. Não se pode excepcionar quando se quer, e sim quando alguém avança contra o que tem o *ias exception is.* Destade, a exceção não prescreve; se só é fundada em alguma pretensão, que prescreve, com ela pode extinguir-se. A distinção entre exceções independentes ou autônomas e exceções dependentes ou não-autônomas ganharia, aqui, todo relevo prático. Só se extinguiriam com a prescrição da pretensão, de que provêm, as exceções dependentes, porque, por definição, dependem daquela. Mas os fatos desmentem isso. Na doutrina, havia dois grupos: o dos que sustentavam a extinção da exceção, se prescrevia a pretensão, *salvo exceção legal;* e a dos que, *salvo exceção legal,* entendiam que o principio era o da não-extinção (princípio da independência das exceções, com E von Savigny, *System,* 1, 413 s., H. Dernburg, *Pandekten,* 1, 9 ed., 668, e E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 3ª8). O principio da dependência das exceções (G. Planck, F. Endemann, L. Enneccerus) figurou como antítese. No entanto, tinha-se de descer ao exame dos fatos, das espécies de exceções, o que não se fez, e precisou ser feito.

a)

A *exceptio non adimpleti contractas* não se extingue com a prescrição da pretensão. No entanto, pensava diferentemente K. A. D. Unterholzner. Deve-se a E von Savigny *(System,* V, 421 e 425), a Fr. André *(Die Em rede des nicht erfúllten* Vertrages, 132 s.) e a E Regelsberger (Zur Lehre von der Wirkunº der Anspruchsverjáhrung, *Jherings Jahrbticher,* 41, 331 s.) terem esclarecido o problema e mostrado que o direito a denegar a prestação, até que o outro contraente preste a sua, posto que se refira à contraprestação, tem *outro* conteúdo.

b)

A exceção de retenção, *exceptio retentionis,* que é não-autônoma, ainda

a respeito de despesas ou danos causados pela coisa, não se extingue com a prescrição da pretensão.

c)

Quanto à exceção que se baseia em *delito* do titular da pretensão, se são distintas a pretensão de ressarcimento e o direito de denegar a prestação, seria ineqoidoso que se considerasse extinto esse se aquela prescreveu; tem-se de ter por subsistente.

d)

No princípio Qui *habet actionem, habet etiam exceptionem,* a palavra "exceção" é empregada em sentido formal, de defesa em geral, o que levaria a graves equívocos. Em sentido próprio (e estrito) de exceção, o principio somente existe se regra jurídica especial o estabelece em alguma circunstância *(e.g.,* Código Civil alemão, § 853).

e)

Sempre que a prescrição da pretensão ou da ação atinge, como causa de extinção, a exceção, discute-se se a exceção se extingue, ou se apenas se gera contra ela outra exceção *(replicatio).* A primeira opinião foi seguida por P. Langheineken *(Anspruch and Emnrede,* 183), e R. Leonhard *(Der Allgemeine Teil,* 231); a segunda, por E. Eck *(Sammlung von Vortrãge,* 1, 212 s.) e G. Planck *(Kommentar,* 1, 4º ed., 556), mas sem razão. Seria confundirem-se causa de extinção e possibilidade de exercício de direito contrário.

fi Quando se lê o brocardo *Temporalia ad agendam perpetua sunt ad excipiendum* como se dissesse: "As ações são prescritíveis; as exceções não no são", é verdadeiro. Se, porém, se entende no sentido de que, se havia ação e se extinguiu, ou prescreveu a pretensão, a exceção continua, é falso.

Não há prescrição de exceção: ou a exceção dura sempre, ou se extingue com a prescrição da ação ou da pretensão e, pois, da ação.

§ 636, Ponto de partida e direçáo das exceções

1. *As duas espécies quanto á fonte.* As exceções dependentes ou não-autônomas fundam-se no direito, ou pretensão, a que correspondem, e a sua direção é a que resulte da natureza do direito ou da pretensão. Têm o mesmo ponto de partida (titularidade) e o mesmo ponto de mira (excetuado). Exceções independentes ou autônomas, em principio, são exercidas pelos titulares iniciais e seus sucessores; e dirigem-se contra o excetuado e seus sucessores. Daí dizer-se que são, respectivamente, *exceptiones rei cohaerentes* e *exceptiones in rem.* Pense-se nas exceções de coisa julgada, de prescrição e de despesas.

2. *Obrigações acessórias.* O obrigado acessoriamente pode opor ao credor as exceções do obrigado principal *(exceptio ex iare tertii).* O fiador, diz o Código Civil, art. 1.502, pode opor ao credor as exceções, que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação, que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1.25ª. O art. 1.502 tem o grave defeito de misturar exceções e ações, pois a incapacidade do devedor principal não gera exceção mas ação constitutiva negativa.

No direito brasileiro, a exceção de prescrição da dívida não pode ser oposta pelo fiador, porque não é causa extintiva da obrigação (salvo, como no direito alemão, se o fiador se obrigou como principal pagador ou como devedor solidário). Ocorre o mesmo em se tratando de hipoteca (art. 84ª, VI). O possuidor alieno *nomine* pode opor a exceção de direito de retenção, de que é titular aquele em cujo nome possui. O

sublocatário, a do locatário.

§ 637. Exceção e mora

1. *Conceitos.* A mora do devedor é o atraso ou retardamento, contrário a direito, da prestação, que lhe incumbia. Certo, toda mora do devedor pressupõe pretensão, pessoal ou real, de alguém, a quem o devedor tivesse de prestar, pretensão eficaz, crédito uencido e de *eficácia descoberta* (= não encoberta por exceção, peremptória ou dilatória). Tem-se aventurado que, havendo exceção dilatória, o

crédito há de ser tratado como não-vencido. Essa identificação do *encobrimento da eficácia* com o não-começo temporal de exigibilidade (= não-vencimento) pode levar a conclusões particulares falsas. Se há direito, e não há pretensão, ou se o crédito não está vencido (ou se houve moratória legal), não pode haver mora. Dai dizer-se que o não-cumprir obrigações naturais não produz mora (E Paech, *Der Leistangsverzug,* 29), enunciado que se refere a fatos diferentes entre si, pois diferentes são as obrigações naturais. *a)* Quanto às exceções, tem sido fácil dito afirmar-se que, se *há* alguma, o crédito não está vencido e, pois, não se produz mora (G.

Planck, *&irgerliches Gesetzbuch,* II, 5ª; E. Zitelmann, *Allgemeiner Teu,* 30 s.; E. Helder, *Kommentar,* 4ª6, com a falsa convicção de que a exceção cortaria a pretensão; Th. Kipp, em B. Windscheid, *Lehrbuch,* 11, 139; H. Siber, *Der Rechtszwang im Schuldverhtiltniss,* 142 s., mas diferente no *Kommentar* de Planck-Siber, II, 4º ed., 261). *b)* Outros exigem que se haja exercido a exceção, porque exceção é exercício de direito de excepcionar e só esse exercicio exclui a mora (P. Oedmann, Einrede und Verzug, Zeitschrift *fOr das gesamte Handelsrecht,* 78, 1 s.) antes, E. Suppes, *Der Einredebegriff,* 36, e 1(. Hellwig, *Anspruch and Klagrecht,* 35ª, *Lehrbach,* 1, 248 e 250; H. Siber, em G. Planck, *Kommentar,* II, *1,* 261). Como em *a),* somente para as exceções peremptórias, *e.g.,* H. de Claparéde *(Beitràge zar Lehre vom Leistungsuerzage,* 41) e L.

Enneccerus1-1. Lehmann *(Lehrbuch,* 11, 174 s.). A questão põe-se em precisos termos se perguntamos: 5A existência da exceção obsta ao vencimento? Se a existência não obsta, obsta ao vencimento o *exercicio* dela?

Aqueles que dizem, como L. Enneccerus e H. Lehmann *(Lehrbach,* 11, 174), que a pretensão, a que se opóe exceção dilatória (por exemplo, a de excussão), há de ser tratada como pretensão não vencida, e a pretensão, contra a qual existe exceção peremptória, não produz mora, baralham conceitos, e deslocam para o campo da opinião o que deve ser mantido em plano aberto de ciência jurídica e de lógica. Primeiramente, o direito de exceção preexiste à exceção, que é o seu exercício, e esse exercício nada tem com o que se passa com a outra pretensão e só diz respeito à própria eficácia do *ias exceptionis;* de modo que só é pressuposto para que ele tenha eficácia: não é eficaz antes de ser declarado. Só se atende à exceção que é alegada; isso não que dizer que só se atenda à sua existência *desde* o momento da alegação. Excetuar é alegar que há ou houve razão para não se prestar. O art. 963, correspondente ao § 285 do Código Civil alemão, estatui:

"Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora." Se, todavia, o credor deixa de atender ao direito de exceção do devedor, não-oposto, isso não isenta de culpa o devedor. Se o isentasse de culpa, o direito à exceção, só por si, atingiria o direito ou pretensão do credor, alterando-o. Ora, a exceção não no altera, nem às pretensões, nem às ações ou exceções a que se pode opor. O devedor que deixou de prestar no termo (art. 960, 1) alínea), ou executou o ato de que se devia abster (art. 960, 2º alínea), incorreu em mora, ainda que tivesse tido direito de exceção anterior; incorreria em mora, ainda se o seu credor também tivesse de prestar. O princípio da co-pontualidade só lhe daria exceção; cada um incorre em mora segundo os princípios, e o art. 1.092, 1ª alínea, de modo nenhum se pode ter como impeditivo da mora; se o credor-devedor incorreu em mora e o devedor cobrado também, a exceção non *adimpleti contractus* apenas dilata a entrega pelo devedor cobrado sem o excluir das consequências da mora em que incorreu, e sem excluir o credor-devedor das consequências da sua; se só o devedor cobrado incorre em mora, a exceção dilatória não exclui as consequências da sua mora. A exceção, admitida, atua *ex* tunc. Se a exceção é de prescrição, exatamente para o cômputo do prazo se toma como *dies a quo* o dia da mora: se as pretensões aos juros não prescreveram, prescrevem com a pretensão principal (art. 167), inclusive os juros que fluirem depois, pois esses são atingidos, como aqueles, quando nascem (a prescrição é estado contínuo, depois do decurso do prazo prescritivo; portanto, os juros, que se produzem após a prescrição, são prescritos no momento mesmo em que são devidos, posto que o vulgo pense que de dívidas prescritas não fluem juros).

2. Eficácia *da declaração judicial.* A mora fica *exposta* à eficácia declarativa do reconhecimento da exceção.

A antinomia está em que a exceção opera por existir e desde que existe *(ex tunc,* portanto), se é oposta, fato de alegação que é necessariamente posterior. Se, em contrato sinalagmático, um dos contraentes está em atraso de prestar, o outro não fica, em virtude da oponibilidade da exceção, *eficazmente* desobrigado à sua prestação. Obrigado está, se a dívida é vencida; mas a exceção pode encobrir a eficácia, portanto a obrigação mesma: alegada, isto é, oposta a exceção, a sua eficácia encobre, desde antes (ex tunc), a eficácia do direito de crédito contra o excipiente. Se, havendo a exceção, embora não oposta, um dos contraentes falta, mora não há por parte do que "faltou" em segundo lugar. Juridicamente, e por força do art. 1.092, 1ª alinea, não faltou: ao lado da *excep tio non adimpleti contractus* está, no

arE 1.092, 1ª parte, o "efeito" da exceção, como exceção dilatória, de excluir a mora. Cedamente, a exceção só tem efeito quando exercida; mas, para que a mora se dê, épreciso que a pretensão seja eficaz e, *ao exercer-se,* o seja. Ora, a exceção *non adimpleti contractus,* ao ser exercida a pretensão que não dependia de interpelação, pode ser exercida, e encobre a eficácia da pretensão, *desde que existe,* de modo a ter-se a essa como encoberta, ex *tunc,* em sua eficácia.

Tal o fato, em sua estrutura simples. Os juristas procuraram evitar a antinomia, deformando outros fatos, outras categorias, o que é de repelir-se em boa metodologia: assim, R Langheineken *(Anspruch und Em rede,* 89) e G. Planck (nas edições anteriores à 4ª, que falavam de não se vencer a dívida sujeita a exceção; E.

Suppes *(Einredebegriff* des *BGB.,* 39), de ficar exposta ao exercício da exceção a pretensão e, pois, a mora; e K. Hellwig *(Lehrbuch,* 1, 248 e 250), de se "adiar" a dívida vencida. A solução, que damos, é a única que satisfaz.

O argumento de que ao devedor, que tem direito de exceção, não se pode imputar a omissão no prestar e, pois, não incorre em mora (art. 963; Código Civil alemão, § 285), foi levantado por L. Enneccerus e 1-1.

Lehmann *(Lehrbuch,* II, 174 s.); porém tem o vício mais grave: lê-se o art. 963 (= § 285) como se dissesse aquilo que ele não diz; o art. 963 apenas explicita que, se a causa do atraso foi, toda, estranha ao devedor, não houve mora, e não que o devedor só é incurso em mora se a culpa lhe cabe. O ônus da prova vai ao devedor e tem ele de provar que foi estranho à sua vontade o atraso. (Não há, ai, *exceção,* erro do tradutor espanhol do tratado de L. Enneccerus e H. Lehmann, *Lehrbuch,* II, 1, 261: *excepcion;* no texto alemão está *Ausnahme,* que é exclusão, e não *Em rede.)* Se o ter o credor-devedor de prestar não exclui que se dê a mora do devedor, a *fortiori* a exceção.

3. *Acolhimento da* exceção e *prestações acessórias.* Pelo acolhimento da exceção, atende-se a direito do excipiente e, com isso, estabelecer-se-ia a contradição, dentro do sistema juridico, se não se encobrisse a eficácia do direito do excetuado *enquanto* (talvez *para sempre)* se atende à eficácia da exceção. O

encobrimento, e ele só, obtém que a contradição não se estabeleça; não se vai mais longe, porque seria supérfluo. Se houve a mora, todas

as suas Consequências se produziram durante o prazo prescricional; a divida prescreve, e com ela os juros, e há as perdas e danos; é a soma disso que se deve, *embora prescrita a ditada.* Se o devedor ordena a algum banco, ou mandatário, que a solva, a conta compõe-se do capital e juros durante o lapso em que corria o prazo da prescrição e *depois.* Porque a dívida continuou; prescrição não cancela, não extingue dívida. A exceção vai contra a eficácia das pretensões fundadas na mora como contra a eficácia das pretensões que não foram satisfeitas e causaram a mora, mas apenas encobrindo a umas e outras.

A exceção é concebida, no vulgo, somente como dirigida à pretensão da dívida-capital, porque se conta, erradamente, com a incidência do princípio *Accessorium sequitur naturam sul principalis,* que é tautológico, mas os juros futuros ainda têm de vir (plano da existência), embora encobríveis pelo exercício da exceção. A importância prática é enorme.

§ 638. *Exceptio doli e replicatio doli*

1.

Ação e exceções. O dolo, se por ele foi determinada a manifestação de vontade, vicia-a. Portanto, há anulabilidade do ato jurídico, pleiteável pela ação constitutiva negativa (arts. 92-97). Surge o problema de existirem, ou não, no direito brasileiro, a *exceptio doli* e a *replica tiodoli. a)* No direito comum, a excep *tio dou specia lis* fundava-se em que só mediante conduta dolosa o credor obtivera o direito, ou a pretensão, ou a ação, e a *replicatio doli specialis,* em que só dolosamente fora obtido o direito de exceção. *b)* A *exceptio doli generalis* consistia no exercício do direito de alegar que, ao apresentar a sua ação, o autor estava de má-fé.

Assim, se o autor conhecia a exceção, que se lhe podia opor, havia, além dela, a *exceptio doli.* Depois ainda mais se dilatou o conceito, admitindo-se *exceptio doli* sempre que o exercício da pretensão fosse contrário à boa-fé (= "lealdade e confiança").

2. *Exceptio doli generalis.* No direito alemão, a Segunda Comissão excluiu a *exceptio doli generalis,* porque, no lugar da norma jurídica

objetiva, se viria pôr o sentimento do juiz e se apagariam os limites entre a moral e o direito *(Protokolle,* 1, 239). A despeito disso, parte da doutrina e da jurisprudência admitiu, além da *exceptio doli specialis,* a *exceptio doli genera lis,* para a qual não se poderia invocar qualquer texto, a não ser o § 242 ("O devedor é obrigado a cumprir a prestação, assim como o exigem lealdade e confiança, tomando em consideração os usos."). Restaria saber-se se essa alusão a *Trai und Glauben,* que é a boa-fé, que se exige ao devedor, é base de princípio geral de boa-fé. Logo de início, em 1896, E. Eck *(Sammlung von Vertràgen,* 1, 4ª s.) repeliu que se conservasse a *exceptio doli generalis.* A lei, e não o juiz, deveria caracterizar direitos, pretensões, ações e exceções. Mas foi 1(. Schneider *(Treu und Glauben,* 155 s.), em 1902, quem mais forte argumentação aduziu, voltando a tratar do assunto no ano seguinte *(Treu und Glauben* im *Ziuilprozess, passim)* e em 1905 (Zur Verstàndigung Ober den Begriff von Treu und Glauben, *Archiu fik BUrgerliches Recht,* 25, 269 s.). Também, P. Langheineken *(Anspruch und Einrede,* 324 s.) e P. Oedmann *(Allgemeiner Teu,* 5ª3).

3. *Exceptio doli* e *exceptio metias causa.* O argumento de que a *exceptio doli* e a *exceptia metias* concorrem com a ação de anulabilidade por dolo (arts. 92-97) e com a de anulabilidade por violência (arts. 98-101), como a ação de indenização por atos ilícitos concorre com as de anulabilidade (O. Wendt, *Die* exceptio dali generalis *im heutigen Recht,* 16), é sofisma. A ação de indenxzaçao concorre; as exceções seriam duplicatas ou continuações. Em tudo isso se vê quanto se esforçou O. Wendt, seguido por outros, por eliminar a precisão com que, justamente a respeito do dolo e da coação, o pensamento juridico pós-romano separou ações e exceções, a fim de evitar que os vícios de vontade pudessem ser objeto de oposições a qualquer tempo. Falar-se de *exceptio doli genera lis,* sem ser onde a lei, por sugestão especial, ou por força lógica de todo o sistema jurídico, a admita, é volver-se a épocas em que ela foi aconselhável, *porém épocas de técnica já superada.*

Tal observação é justa, ainda quando não se subscreva o que assertou E. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 209, nota 7) sobre ser a *exceptio doli generalis* apenas meio para o juiz levar em conta qualquer exceção *(Doli Jacit, quicum quem id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit).* Os juristas romanos não haviam percebido o que há de desconstitutivo na alegação de ter havido dolo, ou violência, tanto mais quanto eles não conheciam a anulabilidade, nem a nulidade segundo o conceito hodierno (= existência não-válida). Grande mal foi, durante tantos séculos, metermos sob os conceitos romanos pensamentos nossos (cf.

L. Mitteis, Zur Lebre von der Ungiltigkeít der Rechtsgeschãfte, *Jahrbacher fúr die Dogmatik,* 28, 131). A oponibilidade do dolo, ou da violência, em defesa, depende das regras de direito processual (na reconvenção, ou na contrariedade).

Se, hoje, em regressão à oposição *formal (inest bonae lidei iudiciis exceptio doli),* se admite "exceção" de dolo, ou de coação, é ação incidental que em verdade se admite. Não menos regressivo seria, com L.

Kuhlenbeck e com E Schollmeyer *(Recht der Schulduerbâltnisse,* 1, 8), a admissão da cognição, de ofício, da *exceptio doli.* Não somente, com isso, se desatenderia à natureza dos direitos de exceção, que têm de ser exercidos, como também se quebraria o principio Ne *eat iudex ultra petita partium* (princípio de apresentação pelas partes, ou *Verhandlungsmaxime).* A exceção tem de ser exercida, como a ação, ou a pretensão: *Beneficia non obtruduntur.*

4. *Fundamento* à exceptio doli. A tentativa de se fazer derivar do art. 160,I, 2ª parte ("Não constituem atos ilícitos: 1 — os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido"; *argumentum a contrario:* constituem atos ilícitos os praticados no exercício *irregular* de direito reconhecido) a *exceptio doli* também é inadmissível. Aí, nasce a *ação de abuso do direito,* — não a *exceção;* se o que abusou do direito vem com a sua pretensão, o lesado tem defesa, objeção, contra ele, não exceção. Nem colheria aceitar-se a atitude de R.

Stammler (Die *Lebre uon dem ricbtigen Rechte,* 201 s. e 24ª), com o seu conceito de ideal social.

a) O direito brasileiro não possui a regra do § 242 do Código Civil alemão, segundo a qual o devedor deve cumprir a prestação como o exige a boa-fé (= *Treu und Glauben,* "lealdade e confiança"), levando em consideração os usos. A regra do art. 131, 1, do

Código Comercial, *uerbis* "inteligência simples e adequada, que for

mais conforme à boa-fé", é regra para a interpretação dos atos jurídicos. O elemento moral somente se considera suporte fático suficiente onde regra jurídica especial o diga. Por isso, não temos a *replica tio doli* (exceção do credor contra o devedor; porque o devedor não quer cumprir a obrigação como a boa-fé lho imporia, o credor levantaria exceção). Quando a lei reputou suficiente o suporte fático da boa-fé, disse-o em regra jurídica especial *(e.g.,* quanto à exceção *non adimpleti contractus,* art. 1.092, que, tigorosamente, se funda no princípio da co-pontualidade).

b)

Lê-se na L. 8, D., *de doli mali et metus exceptione,* 4ª, 4 (Paulo): "Dolo facit, qui petil quod redditurus est. Sic, si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento." Em vernáculo: "Obra com dolo o que pede o que há de devolver. Assim, se o herdeiro foi condenado a não pedir ao devedor, pode o devedor usar da exceção de dolo mau e exercer a ação do testamento." A exceção supõe que haja direito de crédito e obrigação de restituir o que o credor teria de receber, ou que haja exceção à pretensão do credor. Nega-se tal coincidência na compensação (que, hoje, não é exceção) e seria de excluir-se ainda em direito romano, porque a compensação é com-pesar, contrabalançar, sem que haja, com a contemporaneidade, ligação íntima. Não assim, em se tratando de direito de retenção (O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 45ª).

c)

Há no direito brasileiro a regra jurídica de que os contratos hão de ser interpretados de acordo com a boa-fé (Código Comercial, art. 131, 1; Código Civil alemão, § 157: "Os contratos devem ser interpretados como o exigem lealdade e confiança, *Treu und Glauben,* tendo-se em consideração os usos"). Se a *bana fides* é elemento para a interpretação dos negócios jurídicos é questão que alhures se há de discutir; certo é, porém, que de tal principio, escrito ou não-escrito, não se haveria de tirar *exceptio* doli.

d) A impenhorabilidade obsta à compensação (art. 1.015, III). Pode dar-se que outrem, ou o devedor a tenha criado, de má-fé. Pensou-se, em jurisprudência alemã da Reichsgericht (85,116 s.), em que caberia, aí, *replicatio doli;* mas sem razão (certos, P. Oertmann, *Alígemeiner*

Teu!, 299; e G. Planck, *Kommentar,* II, 1, 537). Pode dar-se que o ato jurídico seja anulável por fraude contra credores, ou revogável (direito falencial), mas é outra questão.

e)

Não há exceção de dolo, nem réplica de dolo, quando a lei exige certa forma ao negócio jurídico, e o declarante não a observou, ou se a ia observar, tendo-se satisfeito os interessados em que não seria preciso.

Pode haver indenização pela chamada *culpa in contrabendo,* o que é outra coisa.

(f) Os atos nulos, de regra, são atos cuja nulidade é decretável de ofício, e não precisa haver propositura de ação para a constituição negativa. Alega-o quem tenha interesse; o Estado, a sociedade, tem-no: por isso se permite a decretação de oficio; alega-o quando o quer, em ação de desconstituição, ou incidentemente, em qualquer grau dos processos, salvo regra jurídica especial que exija a "ação". A alegação é exercício de pretensão, ainda que ocorra sob a forma de exceção. Não há *exceptio nullitatis;* há *actio nullitatis.* Quem alega nulidade não excepciona: defende-se; contraria. Ainda quando a nulidade resulte de ilicitude ou impossibilidade do objeto (art. 145,11), é de ação que se trata.

g) Se a anulabilidade pelo dolo pode ser oposta, à maneira de exceção, no processo, depende da lei processual; mas a afirmativa não importa dizer-se que há, aí, *exceptio doli qeneralis.* Trata-se, apenas, de propositura incidental da ação de anulação, *ope exception is.*

h)

Se A adquire, por meio de ato ilícito, crédito contra B, a ação de B para a anulação do negócio jurídico pode prescrever antes de prescrever a ação de A contra B. Pergunta-se: abá, no direito brasileiro, *aí,* a *exceptio doli?* Houve ato ilícito, porém não ocorreu qualquer causa de nulidade (arts. 82 e 145), e sim de anulabilidade *(art.* 147), e a pretensão à decretação prescreveu. E difícil imaginar-se hipótese em que se ponha mais ao vivo o problema da *exceptio doli,* na ausência de princípio geral, ou de texto especial *(e.g.,* Código Civil alemão, § 853). Naturalmente, a exceção vai contra a eficácia da pretensão, e de modo nenhum reeficaciza pretensões prescritas do

devedor. Primeiro, seria de se lamentar a falta de regra jurídica escrita; segundo, o problema apresenta aspectos que exigem estudo particular, fora do problema da *exceptio doli generalis.* Ou o ato ilícito deu causa a ação de indenização, que, ex *hypothesi,* não foi exercida, e essa prescreveu, não sendo admissível que, prescritas as duas ações, o devedor a trela titular de direito de exceção; ou não prescreveu, e depende do direito processual como pode ele vir, no processo, com a sua ação. Pensar-se, aí, em caso para se invocar o fragmento de Paulo *(Doli facit, qui petit quod redditurus* est), seria forçado: não há obrigação de restituir, nem há exceção ao crédito, *a priori;* porque exatamente isso é que se discute.

Mas há a hierarquia das regras jurídicas. O direito privado não se pode pôr em contradição com as regras jurídicas do direito penal, em sua *ratio.* Se o ato ilícito é crime, a sentença condenatória, trânsita em julgado, cria exceção, porque seria flagranteweiite contraditório para o Estado punir e atender a efeito do çpme: o crime não pode aproveitar ao criminoso. Temos, pois, de aceitar que existe a *exceção de ilícito criminal.*

Exceção, réplica, dúplica.

i)

No Código de Processo Civil, o art. 16 estatui que responda por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente. Não se atribui, aí, exceção; mas só ação pelo fito ilícito absoluto.

j)

No direito brasileiro, a alegação de anulabilidade é defesa, que *exceção.* Não precisa vir em reconvenção, nem se precisa lançar mão da criptoconstrução da exceção, que corresponde a conceitos de outros sistemas jurídicos. Se alguém propõe ação, ou cobra, extrajudicialmente, o que proveio de ato jurídico que foi Obtido por violência, pode o réu alegar a violência. Não se precisa de, antes, intentar a ação de anulação. Não se trata de *exceptio* flietus. Diz-se que, se não houvesse, ai, tal exceção, teria o réu de *recon vir,* mas a só admissão da reconvenção teria o inconveniente de não poder defender-se o réu se, na espécie, o processo não a permite (observe-se,

a propósito, que o Código de Processo Civil, inc. 192 estatuía: “Não se admitirá a reconvenção nas ações: I—relativas ao estado e capacidade das pessoas, salvo as de separação judicial e anulação de casamento; II — de alimentos; III — de depósito; IV — executivas; V — que versarem sobre imóveis, ou direito a eles relativos; VI — que tiverem processo diferente do determinado para o pedido que constituir objeto da reconvenção.”). O argumento, portanto, não procede. A ação de anulação pode ter o seu rito; mas o exercício da pretensão abre portas àdefesa, dentro da relação jurídica processual. Não se precisa reconvir Nas ações executivas pode-se alegar nulidade e anulabilidade, como defesa. Não se precisa de pensar em *exceptio metus* ou em *exceptio doli,* se bem que possa vir a ser invocado, fora do processo, o art. 16 do Código de Processo Civil.

Na ação de separação judicial não pode ser alegada a anulabilidade do casamento, porque não há a exceção, nem como defesa seria de admitir-se. Isso não obsta a que à ação de anulação se cumule, em alternativa, a de separação judicial.

k)

Resta saber-se se existe a *exceptio dolis specialis: a)* se a pretensão foi obtida em virtude de ato considerado crime pelo Código Penal ou outra lei penal, ao que já respondemos em *li);* b) se o que ocorreu ao réu proveio de ato ilícito do autor Não se pode negar *a),* embora não se possa dizer que a obtenção por ato ilicito não-criminoso baste (não há, no sistema jurídico brasileiro, o § 853 do Código Civil alemão). Quanto a *b),* o culpado, A, do incêndio da casa comercial de B não pode pedir a decretação da falência de B; nem A, que prometeu a C pagar o crédito de E contra C, sendo procurador de B, deixou de interromper a prescrição contra E *(replicatio doli).* Não basta, porém, alegar B que C o ilaqueou com conversações enquanto corria o tempo, e por isso deixou E de interromper a prescrição.

1)

A ninguém é licito *venire contra factum proprium,* isto é, exercer direito, pretensão, ou ação, ou exceção, em contradição com o que foi a sua atitude anterior, interpretada, objetivamente, de acordo com a lei. Por exemplo: pedir o adimplemento de obrigações fundadas em contrato, que deixou de cumprir por ter alegado ser nulo, ou anulável, e não propôs a ação, ou não foi proposta pelo outro contraente, se era do interesse desse. Não há o princípio geral, se bem que haja espécies;

mas a exceção de dolo não pode fundar-se nelas.

§ 639. Direito de retenção

1. *Direito de retenção nos diferentes sistemas jurídicos.* O direito comum desconhecia direito de retenção que fosse geral e unitário; dependia de *lex specia lis,* com os seus pressupostos para cada espécie. O instituto gera! apareceu no *Aligemeines Landrecht* prussiano (1,. 20, § 536) e no Código Civil saxónico (§§ 767-769); adotou-o o Código Civil alemão, §§ 273 e 274, assim real como pessoal, sendo esse inconfundível com a *exceptio non odimpleti contractus.* O direito de retenção real (= da coisa de outrem) já era geral no direito luso-brasileiro (Coelho da Rocha, *Instituições,* 1, 32: "...direito de conservar a coisa de outrem, que já possuíamos por titulo legítimo, até que este satisfaça alguma obrigação, que nos deve, relativa à mesma coisa"). Dentre as espécies de retenção obrigacional estava a do devedor, se o credor caía em insolvência, ou punha em risco a prestação (cp. art. 1.092, alínea 2º). Aliás, quem pode pedir caução não pode, somente por isso, reter. A pretensão à segurança é a que se tem no art. 1.092, alínea 2º mas lá está, *também,* o direito de reter A exceção do art. 1.092, alínea 2º, é, à diferença da exceção do art. 1.092, alínea 1ª *(exceptio non adimpleti contractus),* elidível pela caução: caducam o direito de exceção e o direito de reter.

2. *Se existe princípio geral sobre direito de retenção.* No Código Civil, o direito de retenção aparece em regras jurídicas especiais (arts. 303, 939, 942, 1.130, 1.131, 1.199, 1.279, 1.283, 516, 517, 760, 772, alínea 2º, 806, cf. 823). Tem-se, pois, de perguntar se existe, no sistema jurídico brasileiro, direito de retenção geral e unitário; isto é, se, havendo conexão como as que se revelam nas *leges speciales* do Código Civil, se tem de afirmar a existência de direito de retenção.

Os arts. 778 e 799 de modo nenhum contêm direito de retenção (sem razão, Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação,* art. 704, 14, e Olavo de Andrade, *Notas sobre o Direito de Retenção,* 23 e 84); trata-se de pretensão a constituir penhor, que se exerce em ação constitutiva *(Comentários ao Código de Processo Civil de 1939,* IV, 138 s.).

Tampouco é de confundir-se com o direito de retenção o privilégio especial do art.

1.566, III e IV.

3. *Se é direito real.* A discussão sobre se o direito de retenção é, *a priori,* real, ou pessoal, foi ociosa. Nem seria de reduzir-se ànatureza da *exceptio doli,* — regredir-se-ia ao tempo em que ainda não existia, propriamente, direito de retenção (assim os escritores franceses, R. Troplong, L. Larombiêre e F. Laurent, com atenuaçóes de alguns, como Aubru e Rau, a respeito de ser oponivel a terceiro); nem a considerá-lo, em todas as espécies, real *(eg.,* iosé da Silva Costa, *Direito Comercial Marítimo,* II, 274; Carlos de Carvalho, Novo Consolidação, art. 703; (.1. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial,* VIII, 180). A negação do *direito* de retenção, como pretendeu o belga Joseph de Decker *(Êtude sar le Droit de retention,* 17), é absurda: revela que partiu de premissas falsas, como elie (la retention) manque dun élément essentiel de tout droit: une action‟ (1há direitos desprovidos de ação e, até, de pretensão! o ias *retentionis* é provido de pretensão e de exceção); “Ce n‟est que la suspension légale de lexercice du droit de propriété du propriétaire de lobjet retenu” (mas suspensão legal, em virtude de ato de alguém, é direito!).

4. *Se é exceção.* O direito de retenção é, em atividade, exceção. Exerce-se contra pretensões e ações; não contra direitos formativos (geradores, modificativos, ou extintivos); e.g., contra a ação da mulher para a separação do dote (art. 308). E preciso, no processo, que se alegue e exerça. Não se pode exercer em ação de protesto, intimação, ou outro procedimento em que o devedor não tenha de responder (G. Planck, *Kommentar,* II, *1, „1ª* ed., 167). Por isso mesmo, pode ser alegado e exercido depois. Não se trata de direito de retenção quando o devedor recusa prestar, por lhe parecer que não deve, ou porque o cessionário não lhe apresenta o título da cessão (arg. ao art. 1.071), ou porque foi concedido prazo para executar (aqui, há objeção, não exceção), ou porque o devedor tenha direito a proceder a levantamento de benfeitorias, ou de instalações (o tempo, ai, é para exercício de direito, e não para retenção), ou porque o devedor haja direito de exibição, ou porque o devedor tenha direito de procurar coisa, de que é possuidor, no terreno devido e a ser entregue. E possível que os dois direitos tenham de ser exercidos simultaneamente, o que obriga àsucessão temporal, porém, ainda

assim, não há pensar-se na figura do direito de retenção. Falta conexão suficiente.

Nos contratos bilaterais, o direito de retenção (pessoal ou real) pode ter de ser exercido ao lado da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1.092, 1ª alínea); porém isso não torna qualquer deles caso especial do outro. A *exceptio non adimpleti contractus* distingue-se do direito de retenção quanto aos pressupostos, quanto ao fim e quanto aos efeitos. A *exceptio non adimpleti contractas* pressupõe bilateralidade de eficácia, adimplemento simultâneo, ou sucessivo imediato; o direito de retenção, nem sempre. Esse pode ser afastado pela caução, não assim a *exceptio non adimpleti contractus.* No concurso de credores, o direito de retenção perde eficácia, não assim a *exceptio non adimpleti contractas.* Não se pode considerar tal exceção como espécie de direito de retenção (F.

Schollmeyer, *Recht der Schldverhdltnisse,* 188; C. Crome, *System,* 1, 547; F. Schlegelberger, *Das Zuràckbehaltungsrecht,* 101 e 148; P. Langheineken, *Ansprach and Einrede,* 335; E Regelsberger, Wirkung der Anspruchsverjáhrung *clherings Jahrbticber,* 41, 333; sem razão, G. Planck, *Kommentar,* li, *1,* 4e ed., 167; L. Enneccerus, *Lehrbach,* II, 31ª-35º ed., 90).

5. *Pretensão nascida e direito de retenção.* Não há direito de retenção sem pretensão nascida; mas basta que a contrapretensão nasça com o adimplemento. Se a pretensão ainda não nasceu, não há pensar-se em direito de retenção. Se o titular do direito de retenção prestou, ainda desconhecendo ter tal direito, ou se, acaso, foi às mãos do credor a prestação, não pode ser repetida (arg. aos arts. 970 e 964, *verbis* não era devido"; R

Oertmann, *Recbt der Schaldverhàltnusse,* 96); mas, tratando-se de direito de retenção *concluído negocualmente,* é obrigado o outro contraente a restituir a coisa recebida por acaso (O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 458): aqui, não se precisa das regras jurídicas sobre o enriquecimento injustíficado.

No direito brasileiro, a exceção do art. 939, a do art. 942, combinado com o art. 851, e a do devedor contra o cessionário que não apresenta o titulo cedido, ou outro documento, foram tidas como direito de

retenção, em vez de apenas parecidas com Direitos Mutilados ele, como pretenderam, para certas consequências desejáveis, alguns juristas alemães.

Capítulo II

§ 64ª. Direito, pretensão e ação

1.

Conceito. Há direitos que *não têm* ou *perderam* pretensão ou ação. Circunstâncias históricas deram ao fato nome impróprio, pois ao complexo "direito, pretensão e ação" tirando-se a ação, ou a ação e a pretensão, ficaria direito. Em verdade, trata-se de direitos desprovidos de pretensões ou da ação, ou de direitos mutilados. Em vez disso, falou-se de *obligatio tantam nata ralis,* vendo-se do lado do devedor, e não do credor, o fato, a despeito de se atender, do lado do credor, ao que se tira: poder-se-ia dizer direito sem pretensão, ou sem ação, ou direito sem pretensão e sem ação, ou obrigação sem posição passiva na ação; e diz-se, heterogeneamente, obrigação sem ação. Não é só. O nome *naturalis obligatio* alude a regra de direito natural, ou segundo a opinião natural, o que não corresponde, ou, pelo menos, não mais corresponde ao que se passa. (Aliás pensou-se que *obligatio nataralis* aludisse a *nata rale,* ou *ias gentium,* e em verdade é conceito oriundo da filosofia grega, que se importou.) Tentou-se substituir a expressão por outra: obrigação imperfeita; mas, em verdade, a obrigação, se é, perfez-se, e a ação não é essencial à noção de obrigação.

Imperfeição e mutilação são fatos inconfundíveis, e as obrigações naturais nem são sempre imperfeitas, nem mutiladas. O próprio direito perfaz-se sem ação; ainda que fosse de esperar-se a ação, nem por isso seria imperfeito: se ela falta, ou se ele a perde, dir-se-ia mutilado (de *mutilas,* cortado), e não imperfeito.

2. *Obligatio natura* lis. A expressão latina *obligatio nataralis* leva a pôr-se o problema como se ainda estivéssemos no direito romano. Ora, casos de *oblígatuones nata rales* desapareceram, e casos de direitos e pretensões mutilados exsurgiram, que aconselharam a ciência a evitar o termo ambíguo e, por vezes, equívoco. Mais grave ainda é

colocarmos como *obliqatio natura lis* o que não éhoje, nem no era, ao tempo do direito romano, obrigação natural. (As expressões *obligatio naturalis, obligatio civulis,* contrapostas, são empregadas, em textos romanos, como em *naturalis possessio, civilis possessio.* Não se trata do outro sentido, que também aparece nas fontes, em que há obrigações que são só naturais, obrigações só civis e obrigações naturais e civis. O primeiro sentido, a que nos referimos, está na L. 5, *pr.,* D., *de pignoribas et hypothecis,* 20, 1 (Marciano): "obligatione. . tantum naturali".) 3. *Inacionabilidade.* Diz-se que as obrigações naturais ou as obrigações imperfeitas são obrigações sem ação, portanto sem realização mediante execução forçada; verdade é, porém, que não são somente a ação de condenação e a de execução que se excluem, — às vezes a ação declaratória também fica excluida. Por outro lado, tais direitos mutilados não são todos de um só tipo: alguns mantêm a pretensão sem a ação; outros, a pretensão sem a açao autônoma, porém com a exceção; alguns, ainda, permitem que sejam objeto de negócio jurídico declarativo, ou de negócios jurídicos de garantia, e outros, não. O corte, a amputação, não ésempre à *mesma altura.* Além disso, às vezes se lhes tira a compensabilidade. Seja como for, todo direito mutilado supõe esquema de direito, a que algo se amputou: *amb (i) putare;* e nao se aproveitou a outra parte. (Se se aproveita a outra parte, o direito não foi mutilado: a outra parte mudou de sujeito.) 4. *Mutilaçâo e dever só moral.* Não se confunde o direito mutilado, cuja satisfação pelo sujeito passivo, ciente da mutilação, não pode ser repetida, com aqueles casos em que a lei exclui a repetição por se tratar de *dever moral.* Aqui, o dever não é *jurídico;* mas, cumprido, a lei tem o cumprimento, pelo devedor moral, como *causa acquirendi* suficiente (li. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 31ª-35ª ed., 10); não há, antes, solução de dívida; há negócio juridico unilateral, novo. Nos arts. 970 e 1.187, III, "obrigação natural" é dever moral.

Na vida quotidiana, dizemos, como se estivéssemos em ter reno jurídico: "Devo convite a A", "Devemos atenções a B", „Você é amigo, tem direito (ou pode exigir)", „Estou pagando visita". Todas essas frases aludem a sistema de regras — de costumes (nãojurídicos), de bom tom, ou de certos círculos sociais — em que nascem deveres ou obrigações. Foi a esse lastro social, subjacente ao direito, que se referiu o § 814, *in fine,* do Código Civil alemão:

"O que se prestou com o fim de solução de obrigação não pode ser repetido,... quando a prestação corresponder à consideração de dever moral ou das conveniências". No Código Civil brasileiro, o art. 970

disse: "Não se pode repetir o que se pagou para solver divida prescrita, ou cumprir obrigação natural." No art.

1.187, III, estatuiu-se que se não revogam por ingratidão as doações que se fizerem em cumprimento de obrigação natural. O sentido de obrigação natural, ali e aqui, é o de dever moral.

O art. 970 do Código Civil brasileiro e o § 814, *in fine,* do Código Civil alemão de modo nenhum excluem a repetição, se se trata de negócio jurídico *nulo* por defeito de forma; pois não há dever moral de se cumprir o que foi contratado nulamente, por defeito de forma, ou por outra causa de nulidade (e.g., proibição de operações de bolsa). Quanto à dívida prescrita, ainda se se julgou, acolhedoramente, a exceção, exclui-se a repetição do que depois se pagou.

A dívida prescrita, se não lhe é oposta a exceção de prescrição, leva à condenação do devedor. Somente se o credor alega a prescrição, e é acolhida, é que se pode pensar em algo semelhante à mutilação do direito ou à obrigação sem ação, porque só então se deu, em virtude da exceção, a superficial mutilação: *Civilis obligatio per exceptionem elissa salva tamen naturali obligatione.* Mutilação, aí, por encobrimento de eficácia da pretensão: encobrivel, antes do exercício da exceção; encoberta, depois dele.

Seção 1

Jogo e aposta

§ 641. O problema do jogo e da aposta

1. *Dificuldades na conceítuaçâo.* As dificuldades no distinguir jogo e aposta levaram alguns juristas (Ed.

Gans, G. F. Puchta, Souchay, E Bruck, M. Stenglein; no século XX, H. Mengel, .*Spiel íind Wette,* 24) a considerarem infixável a diferença entre aposta e jogo. Verdade é, porém, que, no passado, se submetiam os jogos e as apostas a regras diferentes *(e.g.,* inacionáveis aqueles; essas, acionáveis), o que, de si só, aconselharia aprofundar-se o estudo da distinção histórica. Desde o direito romano até perto dos nossos dias, só o Código Civil austríaco definiu aposta (§ 1.270), mas, dizendo ser espécie de aposta o jogo, o submeteu às mesmas regras jurídicas (§ 1.272, V e 2º alíneas). Em 1883, M. Stenglein (Glücksspiel und Wette, *Zeitschrift fOr die Strafrechtswissenschaft,* III 121 s.) colecionou definições; e as discordâncias apareciam, de modo impressionante. O contrato pode parecer jogo ou aposta, e não ser um, nem outro. Falta-lhe, então, o elemento especifico, ainda se prometem os contraentes prestação para o caso A a um e para o caso não-A a outro; *e.g.,* se duas pessoas, que vão receber doações, sendo os objetos doados apartamento e relógio, prometem que prestará x-mil reais quem receber o apartamento.

2. *Direito brasileiro.* O Código Civil refere-se ao jogo e à aposta, sem os definir. Submete-os a regras idênticas, sem lhes apagar as diferenças. À ciência cabe mostrar-lhes os conceitos, que o uso comum por vezes mistura (W. E. Wilda, Wette, *Zeitschrult for Deutsches* Recht, VIII, 209): “apostar ou jogar com cavalos de corrida”, “jogou no lutador A”, “apostou no número 20”.

§ 642. Inserção das regras jurídicas sobre jogo e aposta; tentativas de caracterização 1.

Situação do problema. Uma vez que as regras de direito civil, ou comercial, sobre jogo e aposta incidem sobre jogos proibidos e jogos

não-proibidos, e não sobre jogos regulados em lei especial, levanta-se a questão do lugar próprio em que hão de ser insertas. G. E Puchta, L. Arndts e F. L. von Keller puseram-nas na Parte Geral do Direito das Obrigações; A. E J. Thíbaut, entre os *pacta nuda;* J. N. Wening-Ingenheim, entre as obrigações essencialmente bilaterais; K. A. D. Unterholzner, entre os tratos parecidos com a venda e compra; Chr. E Múhlenbruch, entre os contratos aleatórios; F. Sintenis construiu o negócio jurídico do jogo como contrato de sorte pura, tendo o elemento *álea* como conteúdo e objeto do contrato, e não como modificador. Assim, o século XIX longe esteve de adotar a mesma colocação para os contratos de jogo e aposta. O Código Civil brasileiro, à guisa do alemão, preferiu inserir as regras no Direito das Obrigações, entre os contratos.

2. *Precisão do problema* e *teorias superadas.* O problema da caracterização do jogo e da aposta só no século XX chegou àmaturidade. Convém pó-lo em termos precisos.

a)

A caracterização dos contratos e dos outros negócios jurídicos tem de ser feita por seu conteúdo, salvo se a lei mesma adotou tipo de contrato; e já o advertia, a respeito de jogo e aposta, A. Krfigelstein *(Ober den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette,* 12).

Porém caminhos errados tomaram, e durante mais de um século, os juristas. A *atividade,* entre a conclusão do contrato e a decisão, seria típica do jogo, — assim pensava H. Thól, lembrando a L. 2, D., *de aleatoribus,* 11, 5, *verbis* "si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo, saliendo, luctando, pugnando". Não se poderia ver aposta onde houvesse atividade do jogador. Seguiam-no: Ed. Gans *(Beitrôge,* 168), C. E von Gerber *(.System* 1V ed., 519), J. A. Seuffert *(Pandektenrecht,* 305), E Walter (System, 415) e outros. O jogo, dizia o primeiro deles, supõe a atividade de quem faz a parada; a aposta exclui-a. Na aposta via A. Krúgelstein *(Ober den begrufflicl-ien Unterschied von Spiel und Wette,* 62) luta de opinião.

A contribuição de ambos os contraentes para o resultado, que H. Tol considerava essencial ao contrato de jogo, pode falhar: não deixa de

haver contrato de jogo se A e B fazem parada na partida de jogo entre C e D, nem se um estipula ganhar se o pombo A chegar antes do pombo B, se não se trata de pombos que C e D

conhecem em seus vôos e podem, a respeito deles, fazer comunicações de conhecimento. O azar também não basta, como elemento distintivo, pois são jogo o xadrez e o *bridge.* Toda consideração do determinismo desloca para terreno metafísico, que não é o do direito, o problema.

b) Foi G. Beseler *(System,* 2º ed., 542) quem reagiu contra a *teoria da atividade:* para ele, a atividade costuma achar-se nos jogos, porém não lhes é essencial; ao passo que, na aposta, ou falta, ou é ordenada para o caso especial. Também, Julius Arnheim *(Uber Spiel und Wette,* 14). Mas doutrinadores e críticos não desceram ao conteúdo do contrato.

c) A *teoria da opinião* (Ch. E Glúck, *Ausfàhrliche Erlàuterung,* 11, 331; A. E i. Thibaut e F. Endemann) abstraiu da diversidade de opinião que pode haver no jogo. Ainda com o adminiculo da pena por ter errado no opinar, que O. Stobbe *(Handbucb,* 3º ed., III, 324) insinuou, tem o mesmo defeito de ir buscar fora do conteúdo do contrato a razão de se distinguirem jogo e aposta. E certo que não há aposta sem divergência, ou mesmo luta de opinião, porém nem toda divergência ou luta de opinião leva àconclusão de contrato de aposta.

d)

A *teoria da indiferença ao tempo* assentava que, para a aposta, é indiferente que o acontecimento, sobre que se aposta, seja no passado, no presente ou no futuro; ao passo que o jogo é, necessariamente, sobre o acontecimento futuro (K. Art. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten,* III, 5ª1; R. von Holzschuher, *Theorie und* Casuistik, 3º ed., 79 s.; antes L. v. d. Pfordten, *Abhandlungen,* 350). Tomou-se por essencial o que apenas é o que mais acontece. Não seria futuro, necessariamente, o acontecimento, e sim o conhecimento dele, pois alguns jogos há em que o acontecimento (a face do dado, a carta do baralho, o nome do sorteado) já ocorreu e apenas se conserva "guardado" no copo, ou "oculto" pela posição na mesa (só se vendo as costas da carta), ou na urna. A H. Mengel *(.Spiel* und *Wette,* 18) não escapara esse ponto.

e) Depois de se dizer que, no contrato de jogo, como no de aposta,

cada um dos contraentes promete ao outro alguma coisa, no caso de algo se dar que é o contrário do que, ocorrendo, comporia o caso de ter de ser cumprida a promessa do outro, éque se tem de procurar o que *distinga* os dois contratos. E comum aos dois ganhar um contraente e outro perder. No mais, os dois são diferentes. Para E. Windscheid *(Lehrbuch,* 9º ed., II, 855 s.), na aposta há a certeza ou incerteza das afirmações, que os contraentes se contrapõem, e cada um se submete a pena, se não tinha razão; no jogo, o que está em causa é o êxito de atividade empreendida pelos contraentes, o ser ou não ser, o dar-se ou não se dar algum fato, de que depende ganhar um, ou o outro ganhar. Os motivos do jogo podem ser a atração do risco, a sede de ganho, a perícia ou orgulho dos que contratam. Já M. Stenglein lembrava o jogo de cartas com referências históricas a serem respondidas, o que, na forma, seria aposta, mas, no fundo, jogo; e observou que um dos contraentes pode ter a certeza, e a segurança, e isso não exclui a aposta, ambos a podem ter, ou nenhum a ter, por haverem apostado por apostar.

Foi A. Krúgelstein *(Uber den begrifJlichen Unterschied von Spiel und Wette,* passim) quem observou haver nos contratos aleatórios, além da *causa* aleatória, outra *causa,* que vem em primeira plana *(e.g.,* a *causa* da venda e compra, na *emptio spei),* de modo que a causa aleatória é apenas elemento modificador. No jogo, não: a *causa* é a *álea* mesma. Outras causas podem juntar-se, mas aquela há de preponderar, salvo se se reduz o jogo a mero expediente de decisão, sem autonomia (A. Elster, Uber den Begriff und die systhematische Stellung der Spielverträge, *Archiu fOr Búrgerluches Recht,* 26, 39).

(f)Outros juristas fixaram a pesquisa em elementos internos dos contraentes. O negócio jurídico da aposta é feito sobre a base de informes que os contraentes têm; o jogo, não. Na aposta, os contraentes sabem, ou, pelo menos, crêem saber que *algo* é como se diz na comunicação de conhecimento a que se refere o contrato de aposta; ao passo que, no jogo, nenhum sabe, nem crê, normalmente, saber O jogador pode ter palpites, mas os seus palpites não se podem encher de certeza: os jogadores jogam com a dúvida, de que todos participam; os apostadores, com a certeza (subjetiva, mas, para eles, objetivamente fundada) sobre o que um diz ser e o outro nega. O principal formulador da *teoria da informação* foi Anton Hess *(Abhandlungen,* li, 33 s.), que assim reduziu a diferença a simples gradação em relação à certeza subjetiva, a questão de grau de informação.

O apostador é surpreso pelo resultado; o jogador, não: ocorreu o que lhe faria perder; perdeu, enquanto o apostador perdeu, e *errou.* O que aconteceu tinha de acontecer. O acaso, que só subjetivamente existe, não existe para o apostador; existe para o jogador. No intimo, os jogadores deixam-se levar pela assimilação do jogo à aposta: fazem cálculos, usam planos, crendo que transformam em aposta o jogo; e os que somente apostam (em corridas, por exemplo), ignorando tudo sobre os que entram no páreo, peleja ou competição, procedem como jogadores. Por aí se vê que esse dado interno, psicológico, de nada serviria para caracterizar os dois contratos.

g) A *teoria dos motivos e fins* viu na aposta o motivo de ter razão, de modo que a vitória, o lucro, é somente sinal, ao passo que, no jogo, a vitória é que importa, ainda quando intervenha outro fundamento (exercício corporal, educação). O mais explícito dos seguidores foi L. v. d. Pfordten (Abhandlungen, 320 s.). Já H.

Dernburg *(Lehrbuch,* 3º ed., II, 412 e 414) vira no interesse em ter razão a caracteristica da aposta, a que P.

Oertmann *(Das* Recht *der* Schuldverhdltnisse, 3º-4º ed., 923) chamou "interesse ideal na veracidade". L.

Enneccerus e 1-1. Lehmann (Das *Búrgerliche* Recht, 2º ed., II, § 320) acentuaram que no motivo é que está a diferença: a aposta deve terminar pela confirmação de uma das afirmações; o jogo tem por fito divertimento ou ganho, ou ambos. No mesmo sentido, G. Planck *(Búrgerliches Recht, fl* e V ed., 1, 501), K. Art. von Vangerow *(Lehrbuch,* 111, 5ª1, nota), e G. Hirschfeld *(Liber Wettrennen und* Rennwetten, 1). Tudo estaria no exercicio, ou no lucro, ou em ambos, para o jogo, e no interesse pelo acerto, na aposta. Porém é inelidível o elemento ganho que há nas apostas e, às vezes, é, in concreto, o único; in *abstracto,* é sempre o fundamento do jogo, mas algo de secundário, nas apostas. Julius Arnheim *(Uber Spiel und Wette, 9* s. e 23 s.) teve como característico, no jogo, o prazer no risco ou a satisfação na habilidade. Deleite ou recreio, em vez da luta de opinião, que há na aposta. Nessa, não há prazer no risco, nem interesse em habilidade dos contraentes. Nota-se logo que tomou como característica do contrato de jogo o que poderia caracterizar o jogo. Muitos jogos há sem serem contratos: falta a parada, a marcação de pontos e a prestação que bilateralmente, embora só por um, os contraentes se prometem, assim no "contrato" de jogo como no "contrato" de aposta. Tanto mais quanto o conteúdo do contrato de jogo, ou do contrato de aposta, não é o jogo ou a aposta (erro de H. Mengel, *Spiel und Wette,* 23 s.) cedo, Karl Reuber,

Der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette, 3ª).

Na aposta há *comunicação de conhecimento,* o que falta, ou é escasso ou acidental, no jogo. Dai ser o jogo menos apuração de verdade ou luta de opinião do que *distração* ou vontade de *ganho,* ou não ter, sequer, aquele elemento. Cedo, a parada quanto a chover, ou não, depois de amanhã, sendo os contendores dos encarregados de previsão do tempo, que exibiram, um ao outro, os seus informes, é aposta; se não são técnicos de previsão do tempo, é de jogo que se trata. Porém, de regra, afirmações concernentes ao futuro não são comunicações de conhecimento e, pois, é de jogo que se cogita.

A técnica legislativa tem de enfrentar o problema das sanções: 1) se se havia de negar ao negócio de jogo entrada no mundo jurídico (então seria *nada* de negócio jurídico; negócio jurídico *inexistente);* ou 2) se seria nulo o negócio juridico (= jurídico *mas inválido);* ou 3) se seria preferivel a técnica da mutilação do direito (direito sem pretensão, ou direito, com pretensão, sem ação). As legislações de direito penal e as de direito civil tomaram caminhos próprios, supondo, por vezes, que alguns jogos deviam ser tratados como negócios jurídicos inexistentes, outros, como nulos, e outros, como atos juridicos produtores de direitos mutilados.

Outros, ainda, 4) como permitidos, com toda a irradiação de eficácia (direitos, pretensões, ações, exceções).

§ 643. Sorte do negócio jurídico e sorte das dívidas de jogo ou aposta 1. *Conteúdo do art. 1.477 do Código Civil.* Quanto às dividas de aposta e de jogo, o art. 1.477 do Código Civil estatuiu: "As dívidas de jogo, ou aposta, não obrigam a pagamento; mas nao se pode recobrar a quantia que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito." Pergunta-se, e a pergunta é crucial: *a)* £De tais negócios jurídicos resulta crédito, posto que mutilado o direito do credor? ~Ou *b)* eles não geram obrigação, por serem nulos? Há, ainda, c) a alternativa de serem inexistentes e, pois, não-juridicos (= nada jurídico) os negócios de jogo ou de aposta. No direito romano, não havia o conceito de nulidade que corresponde ao direito moderno: nec ulius, *nullus,* era o que nada era; "obligatio nula" era negócio inexistente, não-obrigação. A obrigação natural romana existia num plano natural, subjurídico; o contrato de aposta era lícito; porém o de jogo, não: salvo se com intuito de exercício ou com prestação de objetos destinados a consumo imediato, era ilícito,

nenhum. Portanto, a solução foi a solução c).

No direito moderno, há as duas concepções, *a)* e *b),* além de c); devendo-se notar que *a)* ainda se bifurca com a divergência sobre a altura da corte: *a*‟*),* apanhando a pretensão; ou *a”)* só a ação, o que explicaria a irrepetibilidade. O Código Civil alemão, § 762 *(verbis* “wird eine Verbindlichkeit nicht begründet”), permitiu a dúvida entre *a), b)* e c). Logo se excluiu *b),* por não ser impossível a prestação, nem contra os bons costumes (ilícito) o negócio jurídico (§ 138, 1). A grande corrente admitiu a mutilação do direito e, pois, a existência da obrigação natural (senso estrito), com o corte dos dois elementos (exigibilidade fora da ação e ação), ou somente com o corte da ação. G. Planck (Búrgerliches *Gesetzbuch, 1)* e 2º ed., II, 503) adotou *a*‟, qualquer que seja a parte. Todas as pretensões ir-se-iam; nula, a fiança a elas, e nulo o penhor. Não se precisaria de exceção de jogo. Otto Warneyer *(Komrnentar,* 1, 1.197) falou, explicitamente, de obrigação natural, e excluiu, como G. Planck e H.Dernburg (Búrgerliches Gesetzbuch, 11, *2,* 182), o direito de retenção.

Heinrich Lehmann *(Lehrbuch,* II, 3V-35º ed., 10) prestou o grande serviço de chamar a atenção para o erro de se ver ai direito mutilado, ou obrigação natural: não há vinculo; os contratos são irracionais e nocivos no próprio plano econômico; a repetição do que foi voluntariamente prestado só é proibida porque seria, em si mesma, indecorosa. Note-se a diferença no fundamento da irrepetibilidade. Porém ele mesmo deixou de distinguir o jogo proibido e o jogo não-proibido, o que nos obriga a estudo mais apurado.

2. O *direito territorial prussiano e a teoria da obrigação imperfeita.* A doutrina que se fizera sob o *Allgemeines Landrecht* prussiano (1, 11, § 577) explicara a dívida de jogo sem ação judicial *(gerichtliche Ríage)* como obrigação imperfeita. Tal explicação não foi a que deu A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* 1, 95

e 290) ao texto do Código Civil (vinculação sem pretensão), nem a de Hans Reichel (Unldagbare Ansprúche, *Jherings iahrbúcher,* 5ª, 425), para quem não há vinculação (direito), nem pretensão e, pois, claramente, não se pode levantar questão concernente àação. Argumenta-se que a lei excluiu a *condictio indebiti,* e isso seria contra a última opinião (cf. A. Ubbelohde, Zum Bfirg. Gesetzbuch, *Jherings Jahrbticher,* 38, 219 s.); mas em verdade a *soluti reten tio* nada tem com o ser ou o não-ser da vinculação (H. Siber, *Der Rechtszwang,* 68; O.

Geib, *Rechtsschutzbegehren,* 157).

3. *Solução da doutrina portuguesa.* Meio Freire *(Institutiones,* IV, 4ª) dividiu os jogos e apostas em proibidos e não-proibidos. Quem assim procede há de distinguir os jogos e apostas não-proibidos em jogos não regulados especia!mente e jogos regulados especialmente. Pelo não no haver feito, procedente foi a critica que Manuel de Almeida e Sousa *(Notas de uso prático,* 1, 413) lhe fez, porém esse por igual mereceria a arguição de juntar a todos em classe única, para os submeter às regras de inacionabilidade e de irrepetibilidade O *haec aliter se habent in lusionibus et ludis publica* lege *permussis* de Meio Freire não se referia só à regra sobre irrepetição (assaz excepcional para ele), e sim a ela e àoutra, sobre inacionabilidade.

4. Influência da concepção germânica da dívida de jogo como dívida de honra. A dívida de jogo era, no direito germânico, *dívida de honra;* daí haver, no direito comum, a acionabilidade de cedas dividas de jogo e o aumento do número de jogos permitidos. A repetibilidade tinha de perder terreno, ainda no tocante aos jogos proibidos. Essa concepção germânica influiu em quase todos os povos da Europa, inclusive no Código Civil francês, art. 1.966, no de Zurique, § 1.768, e no brasileiro, art. 1.477. A construção de hoje é, pois, mista; síntese, mal acabada, mas síntese.

No direito germânico, o jogo era subordinado às regras gerais do direito dos contratos. Produzia direito, pretensão e obrigação, ação e intervenção policial, posterior àquela, historicamente (a aceitar-se o que diz Hans Planitz, *Die Pfàndung,* 3ª6 sã. Apenas a dívida, segundo o Sachsenspiegel, 1, 6, § 2 (Offo von Gierke,

.*Schuld und Haftung,* 93), e outros estatutos (E Bruck, *Uber Spiel und Wette,* 28), não era hereditária. No século XIII, começou a legislação contrária ao jogo e excluiu-se a acionabilidade (W. E. Wilda, Lebre vom Spiel, *Zeitschruft Júr* Deutsches *Recht,* II, *2,* 14ª s.) E Bruck, *Uber .Spiel und Wette,* 32); o velho direito de prenda passou a ser excluído, com algumas variantes quanto aos objetos (H. M. Schuster, *Das Spiel,* 113 s.) Hans Planitz, *Die Pfãndung,* 3ª7). A legislação policial do século XIV enumerou jogos proibidos, mas permaneceu sem repetibilidade o que se prestou por dívida de jogo. O vencedor ou ganhante, nos jogos não-proibidos, apenas podia, às vezes, apanhar o que ganhou. Vê-se, ai, como, em estratos históricos, se foram distinguindo *jogos permitidos*

e *jogos proibidos,* contaminando-se àqueles a inacionabilidade.

O

costume da irrepetibilidade, que era o de alguns povos, estava em oposição aos de Portugal e de Castela. Com a vitória daquele, é no direito de tais povos, e não no de Portugal e Castela, que havemos de buscar o fundamento da irrepetibilidade. A leitura do texto de Johann Voet (Commentarius *ad Pandectas,* 1, 477), que Manuel de Almeida e Sousa (Notas de *uso Prático,* 1, 413) opôs a Meio Freire, aliás sem ter lido àquele, aponta-nos o fundamento: o direito romano era radicalmente hostil ao jogo proibido; o costume de Antuérpia e outros entenderam que tão torpe era pedir o ganho quanto pedir o que se entregou como paga *(nec ex turpi causa promissi petitionem, nec soluti repetitionem dari),* posto que aquele permitisse a repetição do que não foi entregue em dinheiro, o costume de Amsterdão contemplasse o interesse da mulher e dos consanguíneos e Groeneweg aludisse à *colludentium turpitudo* (tirava esse, como Johann Voet, a conclusão de que a torpeza só aparecia no vencedor; não era bem isso).

Temos de examinar o art. 1.477 do Código Civil brasileiro à luz desses informes históricos e diante do art.

145, II, que é a regra jurídica em que entrará ou não o negócio jurídico do jogo, ou da aposta. No fundo, tem-se de saber quais são os jogos e apostas *ajurídicos* (= inexistentes), quais os jogos e apostas negócios jurídicos *nulos* por infração da lei e quais os jogos e apostas negócios juridicos *válidos.* Sem essas precisões não se poderia chegar a tratamento rigoroso do assunto e não teriam a indispensável exatidão cientifica os enunciados doutrinários (nº 1).

5. *Incidência e não-incidência do art. 145, II.* Ou o art. 145,11, do Código Civil ("É nulo o ato jurídico: II —

quando for ilicito, ou impossível, o seu objeto") apanha, segundo a solução b), acima referida (nº 1), o negócio jurídico do jogo proibido e o da aposta proibida; ou o negócio do jogo proibido e da aposta proibida não é *jurídico:* seria, segundo a solução *c),* nada jurídico (= inexistente); ou o negócio é jurídico e válido, mas, conforme a solução *a),* mutilado o direito. A maioria dos escritores confunde as três

classes e não se pode apurar o que é que eles pensam quando saltam de um conceito para o outro. Não só: não conceituaram e não classificaram, tampouco, os jogos. 0ff o von Gierke *(Deu tsches Privatrecht,* III, 812) partiu da consideração de que o jogo e a aposta são fatos da vida social, surgidos, aqui e ali, e o povo *sente* que a divida é de honra; daí ter concluído que a dívida de jogo ou de aposta existe e não é nula, posto que mutilado o direito. Seria a concepção *a).* Assim, entregue a prestação, a dívida teve cumprimento e, pois, é irrepetivel o que se pagou, ainda que outrem, que o perdente, tivesse sido o que prestou.

6.

O *problema de* técnica legislativa. A técnica legislativa pode encarar o problema do jogo como indiferente (contrato com os contratos vulgares), ou encará-lo com atitude penalistica, ou com atitude civílística, ou com atitude policial. A última foi a do Pretor; a primeira, a do antigo direito germânico. O fato de se proibir o jogo de dinheiro, excetuando-se aqueles que concernissem a *virtus, pilum* iacere ou *hasta cercare,* mostra bem que o Pretor estava atento, como sempre, aos fatos da vida. Além disso, deixou fora das regras proibitivas o jogo praticado no seio da família, com objetos alimentícios. Foi mais longe, entrando no direito civil, quando considerou o jogo como origem de direito sem ação (pelo menos). Aqui, não nos cabe interpretar os textos romanos, porque isso nos levaria a dissertação sem interesse imediato para o nosso assunto.

7. *Direito reinícola* e *doutrinadores portugueses.* As Ordenações Filipinas (Livro V, Titulo 82) trataram "dos que jogam dado, ou cartas, ou as fazem, ou vendem, ou dão tavolagem, e de outros jogos defesos". O direito costumeiro dos outros povos era discordante. Ora a repetibilidade, à romana, ora a irrepetibilidade; de modo que o direito português preferiu a regra romana da repetibilidade, a que Meio Freire (Institutiones, IV, 4ª) reconheceu limitações: só era repetível a paga, se houve dolo mau do vencedor; quando não foi dinheiro o que se entregou; quando entregou com sacrifício da familia; se lhe fora exigida a entrega; se o prestante não tinha a administração dos bens. Coelho da Rocha (Instituições, 682), por influência do Código Civil francês, art. 1.965, dizia que, fosse proibido, ou não, o jogo, nenhuma açao teria o ganhante, e acrescentava que, ainda que proibido o jogo, nenhuma ação teria o perdente, que pagou, para repetir a solução,

salvo dolo. Verdade é, porém, que o art. 1.966 do Código Civil francês abria exceção à exclusão da ação. O que mais importa saber-se éque fundava a irrepetibilidade, adotada alhures, no ter o autor de alegar fato ilícito. Faltou-lhe classificar os jogos e caracterizar-lhes o regime jurídico.

§ 644. O problema da irrepetibilidade

1. *Direito romano e repetibilidade; direito luso-brasileiro.* O direito romano ia à consequência lógica do seu tratamento das dívidas de jogo proibido: era repetível a solução. De modo que há o problema histórico, antes do problema jurídico, do fundamento da irrepetibilidade. O direito comum, em vez de se ater ao estudo dos casos de obrigação natural segundo as fontes romanas, tentou a construção teórica, porém não desceu à solução de todos os problemas. No direito poduguês, a decisão 88 de Gabriel Pereira de Castro *(Decisiones,* 390 s.) mostra que havia jogos *proibidos* e *jogos não-proibidos;* se proibido o jogo, o ganhante não tinha ação para haver a prestação *(Ad lucrata in ludo prohibito non datur actuo)* e a repetição era admitida; se permitido, produzia-se a ação e cessava a repetição. Meio Freire (Institutiones, IV, 4ª) assim o entendia, mas temperava de limitações a regra de repetibílídade.

A repetibilidade, nos casos de jogos proibidos, assentava no reconhecimento da irresponsabilidade do que perdeu. O negócio não se formou validamente; e era por isso, porque faltava a eficácia do *vinculurn iuris,* que a *obligatio (qua resultat* ex *ipso vin* culo) não se produzia. A caracterização da dívida de jogo e de aposta como obrigação natural (Código Civil francês, arts. 1.967 e 1.235) voltou ao conceito de obrigação natural, com todos os inconvenientes de que falamos, e deixou sem precisa classificação o que se passa com os *contratos* de jogo e de aposta.

2.

Proibição. A) A prestação voluntária, tratando-se de jogos proibidos, ou de apostas proibidas, é *causa acquirendi* insuficiente; pois o direito

não se produziu, nem, pois, a pretensão ou a obrigação se produz agora. A corrente dos escritores que vêem na prestação voluntária cumprimento de obrigação natural, portanto no jogo ou na aposta proibidos causa de obrigação natura! (óu direito mutilado de toda a pretensão), discrepa da história e baralha fatos que a teoria geral do direito não poderia confundir. A noção de direito mutilado de modo nenhum serviria. Para que o direito, ou a pretensão se mutile, ou nasça mutilado, é preciso o ato jurídico que exista e *não seja nulo.* Assim, a negação de se tratar de simples exceção de *jogo* ou de *aposta,* com a afirmação de que não vale o negócio jurídico (o que pode ser julgado, em ação própria, provando-se o jogo ou a aposta), é a solução mais consentânea com a lei; pois que é nulo o negócio juridico, não há obrigação natural, ou direito mutilado: não há obrigação, nem pretensão, nem direito.

A irrepetibilidade é atribuição de efeito.

O que o perdente prestou ao ganhante é repetível, se o fez por outra causa simulada que a do jogo ou aposta.

Idem, se em fraude à lei. Quanto à *nulidade* do contrato de jogo ou de aposta, a questão não suporia *a),* nem c); porque, se o contrato de jogo proibido, ou de aposta proibida, é contrato nulo por impossibilidade (art.

145, II, *verbo* “impossivel”), não se pode pensar em mutilação nem em inexistência.

Se o jogo — na espécie — é considerado crime, o contrato, que a respeito se fizer, tem objeto impossível. Se apenas depende de permissão, existe e é nulo (art. 145, V), se a lei mesma não cria outra sanção. Se o jogo é, na espécie, permitido e somente não há permissão de serem em determinados lugares (lugares proibidos, por norma de polícia), então existe o contrato e vale, porque não se proibiu o jogo mesmo e apenas se trata de manter a ordem pública.

B) Quanto aos jogos não-proibidos e às apostas não-proibidas, porém não especialmente regulados, o contrato *existe* e *vale.* Não há razão para se lhe fecharem as portas do mundo jurídico, nem para se lhe imprimir o sinete de nulo. Aqui, as regras dos Códigos Civis que lhes cortam a pretendibilidade e a acionabilidade encontra contrato (juridico), possivelmente válido. O fato da mutilação salta aos olhos.

Só se lhe cortam a ação e a pretensão.

Se o contrato de jogo não-proibido é nulo, se não foi especialmente regulado, e tendo sido paga a dívida de jogo, pode haver repetição, pois que houve pagamento injustificado: o art. 1.477, ao excluir a *condictio indebiti,* não no fez a favor daqueles contratos de jogo e de aposta totalmente nulos em virtude das regras gerais (L. Enneccerus e H. Lehmann, *Lehrbuch,* II, 602).

Aqui, é deveras interessante observar-se que se tem de atender à diferença, já antes estudada, ao tratar-se da nulidade por ilicítude (art. 145,11, *verbo* "ilícito"), entre o nulo por ilícito e o nulo por impossível (art. 145, 11, *verbo* "impossível"), pois a confusão é freqUente, a despeito da exprobração de G. Planck *(Kornmentar,* 1, 4º ed., 363-364) e de A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teu!,* III, 22). O negócio jurídico de jogo proibido ou aposta proibida é nulo por ilicito (art. 145,11, V parte), ou por impossível (art. 145,11, 2º parte), ou por ser dito em lei que seria nulo (art. 145, V, 1ª parte).

C) Quanto aos jogos não-proibidos e especialmente regulados, é problema prévio de interpretação das leis saber-se se a lex specia *lis* os livrou das regras da lei civil sobre jogo e aposta, e até onde os livrou.

Naturalmente, só dois pontos são relevantes para o nosso assunto: *1)* qual a atitude da lei especial no tocante àinacionabilidade; *2)* qual a atitude da lei especial no tocante àirrepetibilidade. Posto que, *a priori,* possa ela tirar a incidência de *1),* é pouco provável que lei reguladora de algum jogo conserve a inacionabilidade; e o mesmo ocorre quanto à irrepetibilídade. De modo que aqui somente interessam os jogos e apostas que a lei permitiu e dotou de pretensão íntegra. Em todo o caso, ainda éde prever-se a lei reguladora de jogos ou apostas que os faça dependentes de permissão administrativa (polícia, autoridades municipais). Esses, se não houve a permissão e a lei mesma não cogitou de outra sanção, dão ensejo a contratos nulos (arts. 145, IV, cp.

V). Não se pode pensar em serem nulos por impossibilidade (art. 145, II, *ín* fine), porque a lei lhes retirou, com a permissibilidade, aquela pecha de nocivos em si mesmos. A falta é da *permissão,* e da *possibilidade* (=

ausência de fim moral e econômico sério). A permissibilidade excluiu a proibição; o negócio jurídico pode valer: se lhe faltou a permissão, é nulo; por isso, ineficaz (art. 145, IV e V, conforme a espécie). Antes,

A), in une.

3. *Sanção.* As dívidas de jogo proibido ou da aposta proibida não existem, no plano juridico (existe negócio jurídico nulo, *ineficaz),* nem, se dívidas morais (choque entre o direito e a moral, sendo, aí, menos exigente essa), se lhes dá qualquer *visibilidade,* estando-se no plano jurídico. Não podem ser garantidas por fiança, nem por penhor, nem por transmissão fiduciária de direitos, nem por estipulação de pena convencional, nem utilizadas para compensação. Mas — posto que o impossivel do jogo proibido ou da aposta proibida não seja incluso no conceito de "objeto ilícito" (Código Civil, art. 145, II) — há irrepetibilidade, ou haja: *a)* solução na espécie prometida; *b)* ou dação em pagamento, ainda se se encobre em penhor, ou hipoteca, ou anticrese; *c)* ou consígnaçao em pagamento. que é pagamento, salvo se anterior ao jogo (alegando que seria facilitar-se o jogo ou a aposta e essa não é a atitude político-jurídica do Estado, G. Planck, *Kommentar,* 3º ed., II, *2,* 182

5.); *d)* ou reconhecimento do saldo em conta corrente, ou se não há coincidência do que se disse no passivo com o que se diz no ativo, ou se lhe foi atribuido algum pressuposto inexato; *e)* ou se, tendo havido entrega de apólice de seguro, o que recebeu se dá por pago do que lhe coube no jogo ou na aposta (O. Warnever, *Kommentar,* 1, 1.199). Em todos esses casos, a solução é no plano jurídico.

As dívidas de jogo não-proibido ou de aposta não-proibida levam à irrepetibilidade, *salvo* se nulo, por alguma razão, o contrato de jogo ou de aposta. O que se disse antes sobre solução, se o jogo é proibido ou se é proibida a aposta, apanha esses casos; apenas, aqui, à diferença dali, há" solução", e não causa *acquirendi* insuficiente.

§ 645.Qual a concepção do Código Civil?

1. *Conteúdo dúplice do art. 1.477 do Código Civil.* A lei não diz que às dívidas de jogo não corresponde a ação do ganhante; diz que "não obrigam" (art. 1.477). Quanto ao que se emprestou para jogo, ou aposta, no ato de apostar, ou jogar, é diferente: "não se pode exigir o reembolso" (art. 1.478); contrato houve, talvez válido, apenas o

direito, que nasceu ao mutuante, é desprovido de pretensão. A regra do art. 1.477, no tocante a jogos proibidos e apostas proibidas, é tão forte quanto a do art. 145,11 (impossibilidade do objeto) e ambas mais fortes do que a do art. 1.478; porém o art. 1.478 não se aplica só aos jogos proibidos e apostas proibidas,

— é dessas regras que encobrem, na forma grosseira, duas classes diferentes (e.g., quando se fala de nulidade para se abranger a nulidade e a anulabilidade). Os jogos proibidos e as apostas proibidas não vinculam (o contrato é nulo, por impossibilidade, art. 145,11, *in* une); os jogos não-proibidos e as apostas não-proibidas vinculam, apenas não criam pretensão. A regra do art. 1.478 é comum a todos os jogos, proibidos ou não, mas há de atender-se a dois conceitos diferentes. As leis especiais podem estabelecer que certos jogos e apostas vinculem e tenham acionabilidade.

2. *Conteúdo do art. 1.477, parágrafo* único. No art. 1.477, parágrafo único, diz-se: „Aplica-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívidas de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.” Posto que a lei fale de se aplicar a mesma disposição e de se tratar da mesma nulidade, o caso, aqui, é de nulidade, do art. 145, V, e não de nulidade do art. 145, II, *in fine.* Ou se trate de reconhecimento de dívida (negócio jurídico declarativo), ou de promessa abstrata de divida, ou de aceitação de negócio abstrato, ou mútuo (em que se transforme a divida de jogo ou de aposta), ou de novação, ou de transação em que se confirme dívida de jogo (não assim aquela em que se transacionou a respeito de questão sobre a natureza da divida, salvo se se pretende fraudar o art. 1.477 ou seu parágrafo único), ou de fiança, não há nulidade do art. 145, II, e sim nulidade do art. 145, V. Tais negócios juridicos podem ser nulos por outras razões e há objeção de negócio juridíco fraudulento à lei. Quanto aos títulos cambiários e aos demais, a que se estende a lei cambiária, o subscritor ou aceitante pode pedir a devolução antes de ser paga; se em mãos de terceiro de boa-fé, há de solver a divida, tendo contra o ganhante, que fora titular do direito cambiário, pretensão por enriquecimento injustificado. Trata-se de nulidade do art.

145, V.

3. Conteúdo do art. *1.478.* Segundo o art. 1.478, “não se pode exigir

reembolso do que se emprestou para jogo, ou aposta, no ato de apostar, ou jogar". Se não houvesse o art. 1.478, o empréstimo para jogo, ou aposta, seria contrato, válido e plenamente eficaz; o art. 1.478 corta-lhe qualquer exigibilidade. Não se dá inexistência, nem nulidade; apenas à eficácia do negócio juridico tira-se algo: a pretensão. Por isso mesmo que existe e pode ser válido, o contrato de empréstimo para jogo ou aposta também pode ser nulo por outra razão, e.g., por defeito de forma, ou por incapacidade do emprestador ou do que tomou de empréstimo, ou por ilicitude do objeto (a pessoas proibidas de jogar, ou para dar ensejo ao mutuante de ganhar mais). Aqui, o art. 145, II, *verbo* "ilícito", é de aplicar-se. Muito diferente é o que acontece à dívida de jogo proibido ou aposta proibida: a discussão da sua ilicitude poria em exame atos que a lei reputou nocivos à vida econômica, em si mesmos (art. 145, II, *verbo* "impossível").

4. *Forma* e contrato de jogo *ou aposta.* Quanto à forma, o contrato de jogo e o de aposta, que, no direito romano, se faziam por estipulação ou por escrito, desde o direito comum são aformais: nenhuma forma se lhes exige. Só o regramento *em lei* pode exigir forma e é o que acontece aos jogos de loteria regulamentados.

5. *Conteúdo* dos *contratos de jogo e de aposta.* O conteúdo do contrato é que o caracteriza, salvo quando a lei lhe dá tipo formal. Portanto, o que importa é a declaração de vontade, ou manifestação de vontade, ou a concordância de declarações ou manifestações de vontade, quando se trata de qualquer negócio jurídico, que não tenha tipo formal. Em seu conteúdo, as promessas de prestação são tão diferentes entre si quanto as prestações prometidas. Se falta o tipo formal, ou esquema legal, a diferença entre dois contratos tem de ser determinada pelo conteúdo deles. Tem-se de descer aos fatos da vida, a informes históricos e critérios científicos, para se chegar a alguma conclusão. Os esforços que foram feitos pelos juristas do século XIV

para fixarem as linhas discretivas entre o contrato de jogo e o contrato de aposta, embora insuficientes e em certos pontos errados, concorreram, enorme-mente, para melhor se conhecerem esses dois institutos limítrofes. Verdade é, porém, que sacrificaram muito do que anotaram, ou construíram, devido à perseverança na distinção dicotômica: jogo e aposta. *a)* Jogo, no sentido de divertimento, vale dizer esforço que não é trabalho, — é recreação, sem lucro econômico, passatempo, prazer, e nisso tem o seu fim; importa dizer: é atividade,

que tem fim em si mesma. *b)* Jogo, no sentido de contrato de jogo, é luta em que não há lucro, senão para o vencedor, e perda (ou não-lucro), para quem não venceu. Somente em forma de contrato pode ser concluído. A aposta diz respeito à comunicação de conhecimento que é parte da declaração de vontade e, pois, decisão sobre luta de opiniões. A aposta supõe lucro e perda de algum bem da vida. Com essa expressão, evitamos o erro (e.g., K. Reuber, *Der begriffliche Unterschied von Spiel und Wette,* 39) de exigir que a perda seja patrimonial. A soma, ou bem da vida, que se aposta, não é objeto, nem fim da disputa; é meio, e só meio, para se chegar à convicção *comum* de uma das opiniões sustentadas, de modo que se marcha para a *paz reflexiva* e para o *reforçamento da decisão,* que assim põe fim à divergência. O contrato de jogo supõe acontecimento eventual, pró ou contra, em virtude do qual um dos contraentes perde, e outro ganha, quando pelo menos um dos fatores do acontecimento é desconhecido. Os motivos podem variar e combinar-se: busca de ganho; não perder muito; dar a outro contraente a oportunidade; servir a algum propósito relativo à personalidade. Não é de exigir-se que os motivos sejam os mesmos para todos os contraentes. O conteúdo, esse, ésempre o dinheiro, ou algo que o valha.

Quando o Decreto-Lei nº 6.25ª, de 10 de fevereiro de 1944, no art. 3º, fala de concessão e exploração lotéricas, para as permitir, satisfeitos certos pressupostos, alude a “normas de direito penal”, a que hão de escapar tais concessões e explorações. Temos, pois, aí, a *nulidade* de negócios jurídicos de loteria (= ne-gócios puníveis, porque ilícitos), de que acima se fala, e, “como derrogação das normas de direito penal” (Decreto nº 6.25ª, art. 3º), a classe dos jogos de azar permitidos por lei, negócios jurídicos existentes, válidos e eficazes, isto é, irradiadores de direitos, pretensões e ações.

***Seção* II**

Sentença Injusta

§ 646. Discrepância? entre aplicação e incidência

1. *O problema técnico da sentença injusta e a antinoniia entre incidência e aplicação.* Se houve sentença e a coisa julgada material se operou, a despeito da injustiça da sentença (dois planos, o do direito material e o do direito processual, o que, com a discordância entre a aplicação e a incidência da lei, provoca a antinomia), não há pensar-se em que se tenha exaurido a ação porém não a pretensão: o julgado pode ter atingido a pretensão ou, o que émais comum, pretensão e direito (se explicitamente só se referiu à ação, não há a questão). A decisão *contra Iegem* é coberta pela coisa julgada formal e material. Mau e duro, mas assim tinha de ser para se cortar a antinomia „incidência, aplicação injusta". Não há, após isso, pretensão mutilada, nem direito mutilado. Seria de discutir-se se há *dever moral* de solver dívida que algum julgado injusto negou.

Dever moral não é sempre o mesmo que obrigação natural, termo equívoco.

É certo que, no Código Civil brasileiro, art. 970, se diz: "Não se pode repetir o que se pagou para solver divida prescrita, ou cumprir obrigação natural." Mas a obrigação natural está aí por dever moral, sem qualquer ligação ao conceito (variável) de obligationes natura)es: adotou-se o outro, que vinha, *e.g.,* no *Esbôço* de Teixeira de Freitas, nota ao art. 1.031, 3º (I, 473: que são as indicadas pela consciência e ditadas pelas leis da honra e da delicadeza"), posto que, ao enumerá-las, saisse da sua definição, encambulhando, assim, espécies dispares.

Paulo, na L. 28, D., *de condictione indebiti,* 12, 6, disse: "ludex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest." Havemos de entender que, se o absolvido, de moto próprio, ou de moto alheio, mas com a sua vontade, solve a dívida, — que, pela sentença, fora declarada inexistente, ou cuja nulidade se decretara, ou que se julgara ineficaz, — *depois* do trânsito em julgado, não cabe a repetição. Disse Juliano (L.

60)

que o mesmo ocorreria a qualquer solução *post litem contestatam* e ainda não julgada a demanda, se continua *(manente adhuc iudicio).* Paulo (L. 60, § 1) começou a distinguir; em verdade, sempre que o ânimo do solvente tenha sido "ressalvado", não se pode pensar em se excluir a repetição. Aliás, Johann Voet *(Commentarius ad Pandectas,* 1,

5ª1) precisou que a sentença tem de levar em conta a solução da dívida, sob pena de ser nula, *lata quippe super lite iam per solutionem spontaneam inter adorem reumque „finita*", ou não houve solução *sponte sua.* Se pendia a lide e o devedor pagou, de seu talante, expôs-se a não repetir, qualquer que seja a "justiça" do seu caso (C. Búchel, *Civilrechtliche Erdrterung,* II, 114).

2. Se *a aplicação discrepa da incidência, salgo resta ao vencido?* ~Que é que fica, se a aplicação da lei foi injusta, isto é, se incidência e aplicação não coincidem? Pelo perdurar (?) de obrigação natural, Hotomano, Duareno, Cujácio, R Faber, Vinnius, Wissenbach, Gregório López, Ramos dei Manzano, Heinécio, J. H.

Bõhmer e muitos outros. Talvez tenha sido o glosador Pillius, posto que Donelo o haja atribuído a J. Voet, o iniciador da antítese. Struve, Hertius, os dois monografistas H. de Cocceji e S. Stryk seguiram-na; depois, C.

Búchel e L. v. d. Pfordten, como muitos outros. Verdade é, porém, que nem todos acordavam sobre o que ficaria, não ficando a *obligatio natura lis:* antes da solução, o demandado era devedor, ou não, depois da solução, ou continuou, pois que o era, ou se fez tal (Donelo); "natura", no texto de Juliano, refere-se à *natura lis* aMiga tio *minus plena,* que era o nome que os velhos juristas davam ao dever de consciência (cf. 5. Stryk, *Disp. de absoluto per sententiam,* § 12, nota); trata-se de dever de consciência, ou dever moral (C. Búchel, *Civilrechtliche Erôrterungen,* 114-116), — a *obliganis opinio* até pouco; mas pôs-se de lado, acertadamente, embora *iudicata* etc.

A interpretação dos textos romanos no sentido de que a sentença injusta deixa resíduo, e seria *obligatio,* foi a *communis apinio* até pouco; mas pôs-se de lado, acertadamente, embora alguns juristas houvessem insistido.

O que fica é o *dever moral,* pela indiferença ética àsuperposição da *aplicação à incidência:* no plano jurídico, o Estado pode dar por ultimada a sua missão, com o trânsito material em julgado, o que fecha as portas à rediscussão; no plano moral, *vê-se* a incidência, e a moral não cede ante a coisa julgada material, mesmo porque, após essa, é só seu o conceito de injustiça da decisão. O problema complica-se no caso de lei moralmente injusta que injustamente foi desatendida: o dever moral estaria contra dever moral. Tem de haver o peso dos dois deveres e a crítica da lei imoral, ou moralmente injusta, tem de

preceder, como prejudicial, à crítica da sentença.

Seção III

***Pretensões* Desprovidas de Ação**

§ 647. Pretensão e obrigação

1. *Devedor a que não se pode exigir.* O destinatário da pretensão desprovida de ação é *obrigado;* tratando-se de pretensao de direito das obrigações, é devedor e está na obrigação de pagar. Se solve a divida, não se pode acusar de haver desviado bens, sempre que não se lhe poderia exprobrar o ato, se a pretensão fosse integra.

Nenhuma invocação de *condictio indebiti* caberia. Pagou, solveu; porque devia, O que ele entregou, animo *solvendi,* entregue está, e não se há de pensar em negócio juridico gratuito. Se a solução foi feita por terceiro, nem por isso se alteram os princípios que regem a solução por terceiro. Pelo fato de ser sem ação a pretensão, não pode o devedor solver em parte, se o credor não anui em receber (art. 889). Cabem os princípios concernentes àimputação do pagamento (arts. 991-994), ainda se uma das dividas é sem ação. A dívida sem ação tem a sua causa, de modo que se pode dar pagamento injustificado e caber a repetição (arts. 964-971).

Simples reconhecimento declarativo da dívida sem ação não lhe dá ação; seria constituí-la. Pode tal divida ser objeto de sucessão passiva e a inacionabilidade só perdura se concernia àdívida, e não ao pertencimento ao sujeito substituido (e.g., dívida do marido à mulher, ou vice-versa). As regras sobre solidariedade têm de ser atendidas, salva a inacionabilidade. Cabe fiança de dívida sem ação, sem se precisar de recorrer, para essa proposição, à noção de obrigação natural, erro, esse, de W. Westerkamp *(Búrgschaft und Schuldbeitritt,* 82

s.); e a fiança, a despeito de acessória, tem as suas ações, que não ficam cortadas: o fiador que responde, em ação, pela dívida inacionável, não é fiador que responda mais duramente do que o devedor inacionável; responde *plenior,* ainda que venha a ser o próprio devedor (cf. A. D. Weber, Lebre *von der* natorlichen *Verbindlichkeit,* 573 s.), e não *durior.* O fiador pode obrigar-se de modo mais eficaz (cf.

Código Civil chileno, art. 2.3[aa]), inclusive com *pactum de non compensando.* Há principio de que o fiador pode opor exceções e a nulidade da divida nada tem com as dívidas sem ação; porque não há, nelas, nulidade, nem irracionabilidade é exceção (Hans Reichel, Unklagbare Ansprúche, Jherings *JabrbOcher,* 60, 46). O fiador do direito, ou da pretensão, ou da ação mutilada, ainda que não tenha conhecido a mutilação, "renunciou" ao benefício de *discussão* (H. Hasenbalg, Die *BúrgschaJt,* 143 s.) contra, A. D. Weber, 3º ed., 4ª2). Resta saber se também renunciou ao beneficium *excussionis personalis (seu ordin is),* que é o do art. 5ª5 do Código de Processo Civil (no Código de 1939, art. 896; cp. nossos *Comentá* rios, VI, 117-118). A resposta há de ser afirmativa, porque seria chamar o devedor a juízo, embora pela prenda dos seus bens. Mas o fiador, que fora inciente da mutilação, pode propor a ação de anulação da fiança por erro (Código Civil, arts. 86-91), ou pelo dolo do credor. A renúncia do devedor à inacionabilidade da dívida afiançada não se há de interpretar como renúncia do credor àação contra o fiador, ou execução dos bens desse; nem a renúncia à inacionabilidade da divida principal, posterior à fiança, se há de interpretar como exclusão do beneficio de discussão ou do beneficio (processual) de excussão ou ordem. Cumpre, ainda, observar-se que a responsabilidade do fiador é pela divida, não só *faticamente* como *juridicamente;* o beneficio da discussão é que pode ser renunciado, e a fiança da divida inacionável supõe-no. O que se disse sobre a fiança também concerne às garantias reais. Se a inacionabilidade da divida garantida por hipoteca importasse ser inacionável a hipoteca, reduzir-se-ia a eficácia dessa à ineficacidade das alienações e onerações contra ela (Hans Reichel, Unklagbare Ansprúche, *Jherings iahrbÚ~cher,* 60, 51, falou de "nada", esquecendo o resto da pretensão hipotecária). A hipoteca é real (art. 755); pode garantir dívida inacionável; a executividade não pode ser elidida, salvo em casos especialíssimos. A hipoteca pode excluir, e.g., a compensação da dívida; ou permiti-la, se aquele ou esse fato não resulta de lei cogente; e tornar inacionável a dívida, sem ser pela excussão do bem hipotecado. O penhor tem mais exigibilidade extrajudicial do que judicial (art. 774, 111, *verbis* "venda amigável"), porém nem sempre, nem totalmente (art. 765). Não importa à extensão da sua eficácia, inclusive ação, se a dívida, que ele garante, é acionável, ou não.

2. *Inacionabilidade de pretensão e direito de retenção.* A inacionabilidade da pretensão não exclui o direito de retenção; e o credor da pretensão inacionável não está privado de exercer o que se lhe permite no art.

1.092, 1ª alínea, ou na alínea 2t nem, sendo o caso, de exercer a pretensão à resolução do contrato (art. 1.092, parágrafo único).

3. *Interpelabilidade e inacionabilidade.* Se a dívida pertence àclasse daquelas de que a mora só se estabelece pela interpelação (art. 960, parágrafo único, *verbis* "desde a interpelação, notificação, ou protesto"), surge a questão da interpelabilidade: aqueles que não distinguiam a pretensão inacionável do direito contemporâneo e a *obliga tio naturalis* do direito romano foram levados a citar o *NuIIa mora ubi nulia petitio* de Cévola (L.

88, D., *de diversis regulis* luris *antiqui,* 50, 17: "Nuíla intellegitur mora ibi fieri, ubi nuíla petitio est") e às vezes a ter a interpelação como forma da ação (aliás seria *outra* ação, e não a que se cortou), recorrendo-se à L. 127, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1, (H. A. Schwanert, Die *IVaturalobligationen,* 169 si; aqueles, que distinguem o conceito de dever só moral (= não-jurídico) e de obrigação sem exposição à ação do credor (= jurídico deficiente), têm por interpelável o devedor inacionável (assim, Hans Reichel, Unklagbare Ansprúche, *Jherings ‚Jahrbúcher,* 60, 55 s.).

O problema circunscreve-se à interpelação judicial, porque a outra é evidentemente exercício do direito do credor, independente da ação. Quanto à interpelação judicial, se é certo que o devedor moral não-juridico não daria base a ela, não se pode dizer o mesmo onde há direito, embora mutilado, ou pretensão, embora mutilada.

4. *Pena convencional e inacionabilidade.* Outra questão é a pena convencional para as pretensões inacionáveis. A cláusula penal concerne à pretensão; e, ex *hypothesi,* está em causa obrigação sem exposição à ação (pretensão inacionável), e não ato juridico nulo. Esse, sim, faria cair a cláusula penal (art. 922). Nada impede a pena convencional concernente à pretensão sem ação (H. Dernburg, *Die .Schuldverhàltnisse,* 269).

5. *Penhor* e *pretensão sem ação.* A pretensão sem ação não permitiria o penhor do art. 780, devido à peculiaridade do direito brasileiro, que é a homologação *(aliter,* no direito alemão, § 561), mas há o art. 779,

que é caso de *defesa própria (Selbsthilfe),* e a defesa própria, embora seja "o que restou", depois de se haver implantado o monopólio estatal da justiça, e aí não passe de sub-rogado da medida de segurança (H. A.

Fischer, *Die Rechtswidrigkeit,* 257), entra na classe dos atos de exigência extrajudicial. O Estado não a concebe como sucedâneo da sua atividade judicial.

6.Ação e cornpensabilidade. A compensabilidade não entra no conceito de ação. Dívidas inacionáveis podem ser compensáveis. A incompensabílídade por *pacturn de* non *compensando* pode recair na dívida, no tocante ao devedor, ou no tocante ao credor, ou a ambos. A compensação independe do juiz, que apenas pode declará-la. A discussão a respeito das dívidas de jogo e aposta éfalsa questão, porque aí *ou* não há direito, ainda mutilado, se proibido o jogo, ou aposta, porque do nulo não se irradiam efeitos, ou há direito mutilado, ou, tratando-se de certos jogos regulados, direito e pretensão íntegros. A mutilação das dividas de jogo e aposta pertencentes à segunda classe é da pretensão, e não só da ação. Essas diferenças, não estudadas convenientemente, levaram H. Dernburg (Das *Borgerliche Recht,* II, *1,* 4º ed., 353), O. Fischer e W. Henle (Borgerliches *Gesetzbuch,* 8º ed., 241), C. Crome (System, li, 296) e outros a considerar incompensáveis as pretensões sem açao: a compensação, exigindo a acionabilidade, não poderia dar-se com as pretensões inacionáveis (P. Oertmann, *Recht der Schulduerhãltnisse,* 3º-4º ed., 290), mas poder-se-ia compensar *contra* dívida de jogo ou aposta (L. Enneccerus e H. Lehmann, 1, *2,* 11º recomposição, 199, nota 18) ou "outra" obrigação natural, ou pretensão inacionável. Ora, exatamente à dívida de jogo, ou aposta, falta toda a pretensão, *pelo menos;* salvo se permitido o jogo, ou a aposta, e regulado com a atribuição de acionabilidade dos créditos.

§ 648. Pretensão sem ação e cognição judicial

1. *Pretensão sem ação, alegada em juízo.* A pretensão sem ação pode ir a juízo, *incidenter,* ou não; e a função da justiça é declarálo. Não há ação, posto que se haja exercido a pretensão à tutela jurídica. O que

"falta" falta na *res in judicium deducta.* E mérito, que se aprecia. A situação torna-se digna de estudo quando se propõe a ação declaratória e tem-se de discutir se, ao se mutilar a pretensão, também se lhe tira a pretensão a ser declarada, que é ligada à existência da pretensão. Naturalmente, é preciso que a postulação da ação aluda a relação jurídica que exista. Se a dívida é de jogo proibido, ou de aposta proibida, não existe relação jurídica; nem direito, portanto; nem pretensão; nem qualquer ação. Para se afastar a repetibilidade da solução, toma-se o jogo, ou a aposta, como fatos, que se não podem deduzir em juízo. Se a dívida é de jogo não-proibido, ou de aposta não-proibida, dá-se o mesmo, posto que somente cortada a pretensão. Tampouco, épossível adiantamento de execução, ou mandamento de segurança (cautelaridade), se a dívida é sem ação; *a fortiori,* se sem pretensão (divida de jogo não-proibido ou de aposta não-proibida) ou se não tem juridicidade (jogo proibido, ou aposta proibida; ou dever simplesmente moral). Verificado que é inacionável a pretensão, ou que não há a pretensão, denega-se o arresto, ou seqúestro, ou qualquer medida cautelar Se o titular de pretensão sem ação, ou de direito sem pretensão, vai a juízo (exercício da pretensão àtutela jurídica), não se produz qualquer efeito, de *direito material,* da citação, ou da litispendência.

2.

Direito e pretensão à declaração. Se o titular de direito sem pretensão, ou sem ação, ou o destinatário de dever moral vai a juízo em ação declaratória positiva, a sentença tem de ser-lhe favorável, *no que existe de pretensão à declaração;* e essa tautologia exige que se verifique se o direito é sem pretensão por proibição da lei *(e.g.,* jogos proibidos), porque então a pretensão à declaração também foi destruída. Se só se excluiu a acionabilidade, entende-se que não se exclui a ação de declaração. Se se excluiu a essa, o juiz não pode declarar o direito, ou a pretensão, ainda que em questão prejudicial. Quanto à negação da relação jurídica ou da sua eficácia, o juiz mantém a sua competência, que é a de fechar as portas da justiça às pretensões inacionáveis, ou, *a fartiori,* aos direitos sem pretensão: e há o interesse daqueles que, sem isso, estalam expostos à ação das pretensões inacionáveis, ou às pretensões amputadas ou inexistentes *ab initio.*

A transação, a respeito do direito sem pretensão, ou pretensão sem ação, pode-se dizer que há de versar sobre a mutilação ou não-mutilação, e não sobre a matéria da pretensão, ou da ação; salvo se,

na espécie, a transação mesma é excluída. A arbitragem tem de circunscrever-se àquele ponto da mutilação, ou não-mutilação. Não se compreenderia arbitragem para pretensão inacionável, ou para direito sem pretensão.

A desistência processual nada tem com a pretensão, que falta ao direito deduzido em juízo, ou com a falta de ação; diz respeito ao exercício da pretensão à tutela jurídica e à sua cessação segundo os princípios. Se a pretensão inacionável, ou o direito sem pretensão, vem a exame em *questão prejudicial,* da qual depende a decisão da causa, cumpre distinguir: *a)* se houve exercício da pretensão à tutela jurídica sem dedução da ação inexistente, casos em que há só declaração positiva ou negativa, sem que se possa ver, aí, exercício da pretensão ou da ação; *b)* se houve o exercício da pretensão à tutela jurídica *com* dedução da ação inexistente, ou da pretensão inexistente, casos em que o juízo decide a questão prejudicial pela declaração necessariamente negativa. Se a irrepetibilidade de solução foi alegada pelo réu, então examina o juiz se houve o fato que fez a solução ser irrepetivel; se foi o autor que a alegou, para se defender de postulação de solução de *outra* dívida, passa-se o mesmo.

(Os leigos estranham que o *sem ação* vá a juizo e tenha direito a ter sentenciado o feito, isto é, direito à sentença. No fundo, confundem a pretensão de direito material e a ação com a pretensão e o exercício da pretensão à tutela juridica. Quando A propõe a "ação declaratória negativa" exerce a pretensão àtutela jurídica e a sua ação de declaração tem base em texto que não é aquele que lhe daria as outras ações, que ele, *ex hypothesi,* não tem, porque a res in ludicium *deducta* é a não-existência de relação jurídica.)

§ 649. Exemplos de mutilação

1. *Direitos mutilados e pretensões mutiladas.* São casos de *direito* mutilado ou de pretensão *mutilada:*

a) A mulher não pode acionar o marido, no tocante a frutos dos bens da mulher ou à sua meação, antes de cessarem a administração e o usufruto (Código Civil, arts. 260 e 168, 1). O corte é temporal. Dá-se o

mesmo no caso da administração ou do usufruto passarem à mulher.

b) A lei pode cortar a ação, em regra especial, se algo ocorre. Discutiu-se se essa regra é *lus* cogens, ou fus *dispositivum.* Não há, porém resposta *a* priori; porque depende de ratio furis.

c)

Os titulares das ações podem cortá-las às pretensões (E. Danz, *Die Auslegunq* der Rechtsgesclìàfte, 3º

ed., 390; Hans Reichel, Unklagbare Ansprúche, *Jberings iahrbziicher,* 5ª, 4ª5 s.): se pode alguém renunciar a direito, ou a pretensão, por argumento *a rnaiore ad minus* pode renunciar à ação. No Código Civil, art. 115, 2º parte, diz-se que entre as "condições" defesas se incluem as que privarem de "todo" efeito o ato; porém o art. 115, 2º parte, só se refere a condições, — e a renúncia à ação, ficando o resto da pretensão ou do direito, não tiraria "todo" efeito ao negócio jurídico. Mas há direitos e pretensões a que se não pode extrair a ação. A semelhança da renúncia da ação, há o *pacturn de non compensando,* a renúncia do direito de penhor, a renúncia à averbação (Hans Reichel, Die *Umschreibung der Vormerkung,* 47 s.) e a renúncia à executividade (que é excluída, salvo se só renuncia à execução, sozinho, o credor, havendo outros).

As vezes é a lei que diz não poder certo direito, ou certa pretensão, ter certa eficácia, e.g., ser acionado o sujeito passivo, ou dar-se compensação, ou ser apresentado a pagamento amigável. Ali, ocorre o direito ou a pretensão desprovida de ação; nos dois outros exemplos, não.

2. *Excepcionabilidade e acionabilidade.* Se a pretensão está sujeita a exceção, diz-se excepcionável, e não inacionável. Ainda que se trate de exceção duradoura. A exceção de prescrição não corta *na* pretensão; não na exclui: apenas há a exceção de direito material, que encobre a eficácia e, pois, faz a decisão ser contrária ao exercício da pretensão e, pois, da ação, por parte do autor. Não é preciso pensar-se em obrigação natural.

3. *Pretensão futura e ação.* A pretensão futura não é dotada de ação

(„= não contêm ação), porque ainda não é pretensão e, não sendo pretensão, ação não poderia conter. Em todo caso, há ação de prestação futura, se satisfeitos certos pressupostos. *A fortiori,* se se trata da pretensão sujeita a termo ou condição suspensiva, que, em nosso direito, não é pretensão presente: é futura, como acontece com os direitos (Código Civil, art. 118).

Naturalmente, nao se trata do negócio juridico: esse existe. A condição, de que se trata, concerne à eficácia (direito, pretensão, ação etc.). Enquanto pende a condição suspensiva, o efeito querido não se produz; a vinculação é outra coisa, de modo que pode haver direitos ligados a ela e, por definição, os há (e.g., não pode haver revogação). Não se há de confundir o direito futuro, ou pretensão futura, e o direito expectativo (direito, a adquirir o direito quando cumprida a condição), a que a lei pode juntar ações. Por outro lado, pode ocorrer a ação de prestação futura, condenatória, alhures estudada nesta obra.

4. *Falta de pressupostos processuais.* A falta de pressupostos processuais por parte do autor não é caso de inacionabilidade da pretensão. A pretensão de direito material, *res in ludicium deducta,* lá está, no que se articulou; nada tem com o direito processual formal ou material, que diz respeito à relação juridica processual; nem com o direito concernente à pretensão à tutela jurídica. Salvo coincidência de pressupostos do in *iudicium* deduzido e de pressupostos processuaís (cp. A. Nussbaum, *Die Prozesshandlungen,* 14ª s.).

5. *Falta de ação, em uez de mutilação.* Também não se trata de direito mutilado, ou de pretensão mutilada, quando alguém não pode, contra B, propor ação. Aí, o titular do direito, ou da pretensão, não tem ação, porque o direito ou a pretensão mesma não lha dá, e não porque se haja mutilado o direito, ou a pretensão.

Toda ação tem o seu destinatário, ainda que sejam todos os que se achem ao alcance da pretensão. A subjetividade ativa e a subjetividade passiva das ações são elementos da sua definição, isto é, da definição de cada uma delas. No fundo, é a lei que dá os limites subjetivos, como dá os limites objetivos. A regra é que ninguém pode acionar o herdeiro que (ainda) não aceitou a herança (J. Binder, *Die Rechtsstellung des Erben,* 1, 156 s.) Hans Reichel, Aktiv-und Passivprozesse des vorlãufigen Erben, *Festqabe fOr* A. Thon, 141); por isso, há o art. 1.584.

6. *Concordata concursal e concordata falenciol.* A concordata concursal estabelece a pretensão do credor quanto à sua quota; quanto ao resto, o direito e a pretensão extinguem-se. O fato parece-se com o da partilha dos bens comuns. Não há dever moral quanto a esse resto nem o art. 970 é invocável. Nenhum dever *jurídico* subsiste, nenhum direito; ainda mutilados (Hans Reichel, *Die Schuldmittibernahme,* 547). O Decreto-Lei nº

7.661, de 21 de junho de 1945, art. 155, § 4t diz que "a sentença que julgar cumprida a concordata, declarará a extinção das responsabilidades do devedor e será publicada por edital". Nenhum dever moral resta. Veja Tomo V, § 606, nº 4.

Capitulo III

Exercício dos Direitos, Pretensões, Ações e Exceções

§ 650. Conteúdo e exercício

1. *Conteúdo e* exercício. Todo direito, toda pretensão, toda ação e toda exceção tem o seu conteúdo. O ato, positivo ou negativo, do titular, segundo esse conteúdo, é o exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. Se figurássemos qualquer deles como espaço limitado, seria como o ato de andar dentro desse espaço.

O conteúdo de cada um deles é determinador da sua extensão; conforme a natureza deles, o conteúdo varia.

Os direitos de personalidade, o de propriedade e alguns direitos reais sobre a coisa alheia, como o usufruto, o uso, a habitação e as servidões, exercem-se mediante *atos fáticos,* isto é, conduta humana que, ficando dentro do espaço a que aludimos, é sem outras consequências jurídicas que as derivadas de ser "exercício". Essa conduta pode ser fato ou estado de coisas, a que corresponda inação de outrem. Assim, nas servidões negativas, o exercício é a continuidade do fato, a quietude, a que corresponde a abstenção do proprietário ou possuidor do prédio serviente. Existir servidão negativa é existir proibição, que consiste no fato mesmo de existir, ainda que só se trate de servidão negativa em certos dias, semarias, meses, estações, ou outras épocas.

O usuário exerce o seu direito real, usando; o usufrutuário, usufruindo; o titular do direito de habitação, habitando. São tautologias, mas expressivas: porque se pode ser usuário, sem se usar, isto é, sem se exercer o direito de uso; ser usufrutuário sem se usufruir; ser titular de direito de habitação, sem se habitar. O

confinante que primeiro constrói pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo (art.

580). Se o faz, exerce *direito de vizinhança* (cp. Código Civil argentino, ari. 2.75ª, art. 2.725: "El que en los pueblos ó en sus arrabales edifica primero en un lugar aun no cerrado entre paredes, puede assentar la mitad de la pared que construya sobre ei terreno dei vecino, con tal que la pared sea de piedra ó de ladrilio hasta la altura de tres metros, y su espesor entero no exceda de dieciocho pulgadas"). O direito real não é só a soma de proibições de turbação; é, também, a referência a espaço que *pode* ser enchido pelo exercício. Essa concepção, que é a científica, põe de lado o unilateralismo proibicionista de A. Thon *(Rechtsnorm und subjektives Recht,* 154 s.) como o unilateralismo facultativista, para o qual há conteúdo que se exercita *(res* rnerae Jacultatis). O primeiro tomaria por finalidade o que é conteúdo; o segundo não distingue conteúdo e exercício. Os outros direitos absolutos também se exercem por atos *láticos,* sem que se possa eliminar a relação jurídica, isto é, sem que se lhes possa apagar que são direitos a sujeitos passivos totais. Os direitos de autor são exercidos pela impressão do livro, pela exibição e alienação da tela, ou da estátua, ou a gravação do disco, ou pela impressão da música.

2. *Pedido de cumprimento* e *exigência de pretensão.* No exercício dos créditos, há exigência da pretensão, extrajudicial ou judicialmente, a que se segue o recebimento da prestação devida, ainda que a exigência seja intrínseca à pretensão, ou caiba a outrem exigir. Se a prestação é abstenção, a exigência da pretensão é intrínseca: quando nasce pretensão à abstenção já nasce exigida, ou a ser exigida desde certo momento ou fato. Se a prestação é a terceiro, pode bem ser que o estipulante, e não o terceiro, a exija, ou se trate de pretensão que nasça exigida. (Se o direito é desprovido de pretensão, o titular pode pedir o cumprimento, não no pode exigir.)

(a)

A *interpelação* (art. 960) ou se tem como ato preparatório do exercício da pretensão, ou já como se fosse exercício dela. A primeira opinião é a de K. Hellwig *(Lehrbuch,* III, 280 s.); porém a ação e qualquer

"fazer respeitar-se" *(geltend rnachen)* já implicam exercer-se a pretensão, ou o direito, em que se funda.

A dificuldade de construção concernente ao exercício da tutela jurídica, sem se ter o direito, ou a pretensão, ou a ação, é só aparente; porque se está a confundir, aí, o plano da pretensão à tutela jurídica e o plano da *res in iudicium deducta.* Se não se tem direito, pretensão,

ação, ou exceção, não se exerceu qualquer deles; exerceu-se a pretensão à tutela jurídica, e a sentença foi desfavorável.

(b)

Os atos tendentes à execução forçada são já atos de exercício, mas, a respeito deles, dá-se o mesmo que no tocante aos atos para se obter sentença de cognição.

(c)

Se o crédito é de uso da coisa e o credor tem a posse, mediante atos fáticos exerce-se o direito, à semelhança dos direitos reais. Tal o que se passa com o locatário da coisa. (Na anticrese, esse exercício é do direito real e do direito de crédito.)

(d) Quando alguém exerce a justiça de mão própria, exerce pretensão à autotutela e, se tem direito, pretensão, ação, ou exceção, exerce o que lhe cabe, mediante atos fáticos.

(e)

O exercício dos direitos formativos, que integram os direitos de crédito, são exercício desses *(e.g.,* escolha, denúncia, compensação).

3. *Escala* dos exercícios. Quando se exerce a pretensão, a ação, ou a exceção, exerce-se o direito em que se funda. Se se exerce *a* ação, exerce-se a pretensão de que faz parte. O exercício da exceção é exercício de direito, que a dá, ou de pretensão, ou de ação.

4. *Exercício dos direitos formativos.* Os direitos formativos exercem-se, de ordinário por manifestação unilateral de vontade àquele que há de tolerá-los. Só em alguns casos o sistema jurídico exige que se exerçam judicialmente, inclusive, às vezes, com a sentença Constitutiva. o direito de opção (nos negócios jurídicos de opção) exerce-se pela declaração de vontade à outra pessoa. O direito de retrovenda (art. 1.14ª) também se exerce por declaração de vontade ao comprador. O direito do que recebeu a oferta, pelo aceitála: da oferta nasce-lhe

direito, resultante da irrevogação até esse momento, ou da irrevogabilidade dela. Isso, só por si, bastaria para se provar que há negócio jurídico no ofertar e negócio jurídico no aceitar, composto, assim, o negócio jurídico bilateral. Aliás, não-aceitar é dispor; a oferta irrevogável e aceitável é valor; valor é a própria oferta revogável, enquanto não se revoga.

Nos casos em que a lei permite que se encha documento em branco, firmado por outro, o direito do nomeado, ou do endossatário, ou do portador, a enchê-lo é direito formativo, e exerce-se por esse ato fático (A. von Tuhr, Die *unwiderrufliche Vollmacht,* 50; Jul. Siegel, *Die* Blanketterklãrung, 16). Também é exercício de direito formativo a *ratificação.* Tanto ela quanto a recusa a ratificar é negócio jurídico, pois que, ali e aqui, se declara, sendo, pois, renúncia a recusa a ratificar (contra, G. Planck, *Kommentar,* 1, @ ed., 4ª1; certo, A. von Tuhr, Der *Aligemeine Teu,* 1, 163 e nota 13): o ratificante entra em relação jurídica com o terceiro, com quem o gestor negociou sem poder; ou há recusa por parte do que poderia e teria direito de ratificar. O direito (formativo) de determinar o terceiro, ou de substitui-lo (art. 1.100), exerce-se por meio de declaração ao obrigado. O direito formativo de constituir em mora o credor (art. 955, 2º parte) exerce-se por manifestação de vontade, em ato jurídico *stricto sensu;* bem assim o de oferecer o devedor a prestação, nas obrigações facultativas (art. 884).

5.

Exercício *das* pretensões. As pretensões exercem-se pelo fato, positivo ou negativo, tendente a que se cumpram. O exercício de direito é o enchimento do espaço-exercício, pelo ato do titular; a pretensão exerce-se no espaço-exercício, mas o enchimento há de ser pelo que tem a obrigação (que é o correlato da pretensão, como o dever o é do direito).

6.

Exercício *das* ações. As ações exercem-se em juízo ou fora dele. Quem fala de ações, no sentido do direito material, que é o próprio, somente por *associação* (fato psíquico, extrajurídico) alude à Justiça estatal, ou à própria autotutela.

7.

Exercício das exceções; *princípio da indiferença das vias.* As exceções podem exercer-se extrajudicial ou judicialmente, pelo ato de recusa (ato jurídico *stricto* sensu, e não negócio jurídico). Sempre que o titular exerce o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção, extrajudicialmente, também o titular da exceção ou da réplica pode opô-la extrajudicialmente (P. Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 3ª1). Se o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, é exercida extrajudicialmente, por meio de manifestação de vontade ao obrigado, o exercício da exceção, ou da réplica, segue a mesma via, em manifestação de vontade ao exercente do direito, pretensão, ação, ou exceção. A lei não exige forma especial.

A opinião que só admitia oposição judicial das exceções (ainda, E Friedenthal, *Emnwendung und Em rede,* 63, e E. Zitelmann, *Allgemeiner Teu,* 31) foi repelida por C. Crome *(System,* 1, 183 s.) e K. I-Iellwig *(Anspruch und Klagrecht,* 11 s.; *Lehrbuch,* 1, 250). É hoje assente o *princípio da indiferença das vias.*

Ê preciso, para o exercício da exceção, que se diga em que consiste ela; mas já é opor exceção negar-se a atender à prestação, alegando-a. Alegar não é só apresentar os *fundamentos* da exceção; e basta alegar sem fundamentar, e.g., opor que se deu prescrição (A. von Tuhr, *Der Allgerneine Temi,* 1, 297). O exercício da exceção exclui a eficácia da mora; não se deve dizer que exclui a mora, tanto que, satisfeita a exceção, se é o caso, a mora opera-se, e, não satisfeita, nenhum efeito, ainda *antes* da oposição da exceção, tem a mora. Ai está uma das aplicações conceptuais de que toda exceção só se passa no plano da eficácia, e não no plano da existência ou no da validade, quanto a direitos, pretensões, ações e exceções. O exercício extrajudicial da exceção pode vir a ser apreciado, depois, em processo; e o fundamento dela discutido, ainda se foi, alhures, judicialmente oposta.

Não é preciso que a exceção, se a prestação foi exigida extrajudicíaJment~ se exerça imediatamente a essa, *salvo regra jurídica especial.* A eficácia retroativa da exceção tem ensejo de operar-se, até que ela se extinga, ou, sobrevindo processo, tenha precluído o prazo para a sua oposição. Oposta, extrajudicialmente, a exceção, ou a réplica, — a pretensão, a ação e a exceção ficam *encobertas* em sua eficácia. Se o credor vai a juízo e já discute a exceção oposta extrajudicialmente, negando-lhe a existência, ou a extensão, ou a

eficácia, o réu não precisa rearticulá-la, pois está implícita na petição do autor; se fala no processo, há de aludir a tê-la oposto, e não mais a poder opô-la. Aliás, no exame do caso, há de o juiz atender à exceção, se está implícita nas afirmações do autor. Se o autor nega que tenha havido exercício extrajudicial da exceção, ou o réu afirma e prova o contrário, *ou* afirma e não prova tê-la exercido, *ou* de novo a opóe, o que é superposição do exercício judicial ao exercício extrajudicial *duvidoso.*

A doutrina de ser desnecessária a re-oposição, ou a afirmação de ter oposto o réu a exceção, se o autor implicitamente afirmou a oposição, teve adversário em P. Langheineken *(Anspruch und* Em *rede,* 351), por lhe parecer que seria infração ao princípio Ne *procedat iudex ex officio,* e o mesmo argúem outros juristas.

Sem razão: o autor, ex *hypothesi,* admitiu que a oposição se deu.

8. *Exceções e* direitos formativos *extintivos, após a coisa julgada.* As exceções do réu, com a coisa julgada, estão excluidas, salvo as que cabem nos embargos do devedor, e essas só após a coisa julgada podem ter nascido. Resta saber-se qual a sorte dos direitos formativos extintivos. Ou se diz, como a respeito das exceções, que *a)* o exercivel deveria ter sido exercido em tempo (isto é, ainda se havia prazo maior para o exercício dele, com o pedido de cumprimento do que seria atingido pelo direito formativo extintivo, se extingue esse pela preclusão); ou *b)* se extingue, quer ja exercível, quer não; ou c) se pré-exclui a preclusão a respeito dos direitos formativos extintivos, qualquer que seja o tempo para exercício, desde que não foram matéria de exame.

A opinião *a)* é a verdadeira e corresponde ao art. 741, V, do Código de Processo Civil (sob o Código de 1939, art. 1.010, li; nossos Comentários, VI, 427 s.); casuisticamente, K. Hellwig (Anspruch *und Klagrecht,* 4ª7). Com *b),* E. Seckel (Die *Gestaltungsrechte,* 232). O assunto torna-se mais sensível quando se trata das ações de anulação, que só após a preclusão poderiam ser exercidas, *e.g.,* o erro só foi descoberto depois, mas dentro do prazo do ari. 178, § 99, V, b). Levar-se até aí a eficácia da preclusão seria atribuir-se à sentença na ação declaratória ou de condenação eficácia própria da declaratória negativa (— d — d d) na ação de constituição negativa, o que é lógica e dogmaticamente inadmissível. A ação declaratória e a de condenação podem coexistir, no foro, com outra ação — de

constituição negativa — ou ser sucedida pela propositura dela se, *in concreto,* a coisa julgada numa daquelas não compreendeu a matéria dessa.

§ 651. Exercício de poderes

1.

Poderes e exercício. O poder de disposição, o poder de representação, o poder de administração e outros poderes supõem no seu titular aptidão que se insere no mundo jurídico, como poder integrante do direito mesmo (e.g., o poder do proprietário de alienar, de nomear bens à penhora, de empenhar a coisa, de ceder o crédito), ou de relação jurídica com outra pessoa *(e.g.,* o *ius vendendi* do art. 774, III, *uerbis* "se lha permitir expressamente o contrato, ou lha autorizar o devedor mediante procuração especial", o poder do procurador, o pátrio "poder", o "poder" matrimonial). Os poderes exercem-se mediante conclusão de negócios jurídicos com alguém, terceiro (ainda no caso de poder ser o próprio esse terceiro, no negócio jurídico consigo mesmo), ou de ato jurídico *stricto sensu,* ou de ato-fato jurídico (excepcionalmente, *e.g.,* art.

4ª4, II). Escapou a A. von Tuhr *(Der Aligememne Teu,* III, 546) o poder exercido por ato jurídico *stricto sensu* e, excepcionalíssimamente embora, por ato-fato jurídico.

2.

Alienação. A alienação é poder *contido* no direito e exerce-se como tal. De ordinário, há outros elementos que integram o conteúdo do direito, pretensão, ação, ou exceção, e podem existir sem o elemento poder de dispor *(e.g.,* se é inalienável a propriedade ou incessivel o crédito); casos há, porém, em que é o poder de disposição fora da posse (quase), todo o conteúdo: o dinheiro, a ficha que se dá nos bancos para recebimento de dinheiro ou documentos. Não se pode dizer que, no dinheiro, só o poder de disposição exista; há outros elementos, como a pretensão à substituição da a cédula rota, ou suja, ou a recolher-se, e o poder ser empenhado *(e.g.,* se tem valor acima do

nominal).

3.

Escala de exercícios. O exercer pretensão, ou ação, ou exceção, que se contém no direito, é exercer o direito. A alguns poderes correspondem ações para se realizarem ou serem "declarados". Aqui, está um dos pontos mais relevantes da Teoria Geral do Direito: em todo direito, pretensão, ação ou exceção, tem-se como incluido elemento *poder de revelar-se,* se alguém obsta ou dificulta ou nega a revelabilidade. Esse poder de revelar-se é actio e corresponde ao conteúdo favorável da sentença quando se exerce a pretensão à tutela jurídica.

O poder de se fazer "respeitar", de ter atendimento, exaure o conteúdo de todas as ações declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas, e começa desde as medidas preventivas ou cautelares. A terminologia alemã emprega a palavra Geltendmachung, que é imprópria, uma vez que *valer, existir* e ser eficaz são três conceitos distintos: ou se emprega gelten (ter valor, valer; gótico *gildan,* velho alto-alemão *kettan),* no seu sentido próprio (cf. Jacob Grimm e Wilhelm Grimm, Deutsches *Wôrterbuch,* V, *1,* 3.066 s.), ou se adota o senso jurídico estrito. Traduzindo-se por fazer valer", ainda mais inadequada é a expressão, pois que valer está em existir e pode estar em ter eficácia, mas há o que existe sem valer, o que vale sem ter efeitos e o que tem efeito e pode deixar de ser, em virtude de invalidade.

A *revela*ção da relação jurídica, de que resulta direito, pretensão, ação, ou exceção, é apenas um dos seus modos de atendibilidade, de „respeito"; corresponde, tão-só, ao "poder de obter declaração", ou de "declarar-se". Note-se bem que o titular do direito, que o expõe, que o revela, que o postula, que o alega, exerce poder que faz parte do direito. Passa-se o mesmo com o titular da pretensão, da ação, ou da exceção. Esse poder é o primeiro elemento de todo direito, pretensão, ação ou exceção; porque é o poder de revelar (exprimir, enunciar) a própria existência. Exercer esse poder já é exercer, no mínimo, o direito, pretensão, ação, ou exceção. Afirmação de que existe é começo de exercício, desde que se fez no plano da eficácia, presente ou futura; *precisa, porém* não *basta que* se *faça a alguém* (cf. H. C. Hirsch, *Die Ubertragung der Rechtsausúbung,* 62). A afirmação a si mesmo, ou sem recepção, não inicia exercício, — não é, ainda, nos *planos da* existência e *da eficácia;* a afirmação a alguém, sem ser nos

planos da existência e da eficácia (=

para efeito jurídico; cf. 1(. l-Ieliwig, *Lehrbuch,* III, 280), não é exercício de direito, pretensão, ação ou exceção. A afirmação judicial já écomeço de exercício e se faz como res *deducta* ao se exercer a pretensão à tutela jurídica, que tem como finalidade a "declaração" pelo Estado, ou seja em ação, ou em defesa, ou em exceção, ou para obtenção de medida cautelar. Pode ser que se não exerçam os outros poderes (exercício do direito, em senso estrito) e só se exerça a ação declaratória, tanto quanto o proprietário pode exer cer o seu direito sem estar preocupado com a afirmação dele nos planos da existência e da eficácia: há, então, afirmação da existência do direito, da pretensão, da ação ou da exceção *somente* no mundo fático, não no mundo jurídico. O exercício do direito, em sentido estrito, é o exercício dos outros poderes, pretensão, ações e exceções, que não o de revelação só; porém no exercício *judicial* vai implícito esse e a ação declaratória já é exercício de poder contido no direito.

Quanto à ação declaratória negativa, é poder contido na esfera jurídica do autor: é poder que está implícito no seu direito de personalidade; é o poder de afirmar que alguém não é titular de relação jurídica, que seria *invadente* da esfera jurídica do autor.

4.

Exercício consunuvo e exercício não-consuntivo Há o exercício *consuntivo* do direito, pretensão, ação, ou exceção, e o exercício não-consuntivo Se, cobrando, recebo a prestação, ou se o devedor, de si só, me veio pagar e recebi a prestação, consumi o meu direito e o crédito extinguiu-se. A compensação tem o mesmo efeito de consunção. Outrossim, a venda amigável do penhor (art. 774, III, 2º e 3º partes), o exercício dos direitos formativos criativos, modificativos, ou extintivos. Os direitos a sujeitos passivos totais são *inconsuntíveis* (liberdade, propriedade), quer se exerçam judicial quer extrajudicialmente, quer consista o exercício em uso material da coisa quer em exercido de pretensões, ações ou exceções; mas há exceções: o direito do credor hipotecário, pignoratício, ou anticrêtico, ou pela caução, éconsuntivel; se a coisa é consumível, o direito sofre consunção com o consumo da coisa.

5.

Ato de disposição. Diz-se que, na medida em que o exercido do direito *altera a* consistência do direito, é *ato* de *disposição.* Não é sempre, todavia, o exercício, mas o conseqUente a ele que importa em disposição: se exerço a ação de condenação não disponho; se levanto o depósito, ou se recebo o pagamento durante o processo, ou depois, sim.

§ 652. Exercício e limites do conteúdo

1.

Limites do conteúdo. E óbvio que *dentro* dos limites do conteúdo dos direitos, pretensões, ações e exceções, é que esses se devem exercer. *Se* o exercício os excede, não mais é exercido: em „exercício" há *ex,* mas, também, *orcem,* pôr tapume, fechar; éação dentro de cerca, e não por fora. Seria invasão, ultrapassar de linhas. Ora, o exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, é como dentro de arca (também do étimo de *orcem* e de *exercithirn).* Em concepção absolutista, nenhum choque se daria cntre exercícios de dois ou mais direitos. Em verdade, porém, há colisões e irregularidades (cf. art. 160, 1, 2º parte, *uerbis* "exercício regular de um direito"). Onde se vai além dos limites, o ato já não é exercício, é ato ilícito ou *ato* ineficaz *(e.g.,* a denúncia do contrato pelo que não pode denunciá-lo, o protesto pelo que não pode protestar).

2. *Excesso e contaminação* do *ato.* As vezes, o excesso não contamina todo o ato, separa-se dele, tem sorte à parte; então, não há irregularidade ou ilicitude no que foi dentro dos limites, ou no que o agente podia praticar, ou no que o credor podia exigir.

§ 653. Exercício e consciência dos atos

1. *Afirmação de direito.* Se o exercício consiste apenas em afirmação do

direito, pretensão, ação, ou exceção, é preciso haver consciência dos atos. Vimo-lo antes. Há de ser a alguém e para efeito no mundo jurídico. Sem isso, ficaria no mundo fálico. No mais, todo exercício (exercício em senso estrito) independe da consciência.

Todo ato de *andar (ex)* dentro dos limites do conteúdo do direito *(arcere),* pretensão, ação ou exceção, é exercício, O que é dono do prédio dominante, ainda que não saiba que tem a servidão, exerce-a, se, sendo, por exemplo, de trânsito, passa pelo caminho, habitualmente. A consciência pode *eliminar* o exercício; *e.g.,* se o dono do prédio dominante pediu licença para essas passagens pelo prédio serviente, ou se é seu costume pedi-Ia quando tem de passar (cf. A. von Tuhr, *Der Allgerneine Teil,* III, 548, nota 28). Licença que não seja mera cortesia.

2. Comunicação *de conhecimento.* Por outro lado, a capacidade de ato licito consiste em poder-se praticar ato que seja negócio jurídico, ou ato processual (II. C. Hirsch, *Die Ubertrczgunq der Rechtsausúbung,* 5ª), ou ato jurídico stricto *sensu* (para as comunicações, E. Zitelmann, *Die RechtsgescháJte,* 33; somente para as comunicações de vontade, por lhe parecer que as comunicações de conhecimento, que só são vantajosas para o incapaz, são válidas e eficazes, P. Riem, *Die Rechtshandlunqen ím engeren .Sinne,* 14ª, 151 s., 166 s.; contra ele, A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschàít* 167). A eficácia da comunicação de conhecimento, feita pelo incapaz, somente poderia ser no terreno psicolõgico (mundo fático); portanto, depende de ser tal que a recepção importe em dever de verificar, excluindo-se, assim, a boa-fé de quem a recebeu.

§ 654. Liberdade do exercício

1.

Princípio da liberdade de exercício; *dever de* exercício. Segundo o principio da liberdade de exercício, o exercer, ou não, os direitos, pretensões, ações e exceções fica ao titular, bem como o exercê-los de acordo ou contra os seus interesses. Todavia, há direitos ligados a *dever de exercício,* o que limita aquele princípio, e é possível que circunstâncias, inclusive relações jurídicas de ordem negocial, criem o dever de exercício, *a)* Os direitos do titular do pátrio poder (art. 384,1-Vil) são direitos-deveres. Os poderes do representante,

mandatário, ou não, se não foram concebidos a líbito do investido deles, hão de ser exercidos conforme regras de dever de atuar. O credor anticrético tem dever de perceber os frutos; razão por que responde pelos que, por sua negligência, deixou de perceber (art. 807). O que arrenda prédio agrícola, que perderia em não ser cultivado, tem o dever de cultivo (arg. aos arts. 1.211 e 1.215). *b)* As circunstâncias podem criar o dever de exercício. Se A aluga a B o prédio, junto ao em que mora, e após a locação entra em acordo com outro vizinho, dono de prédio serviente, de modo que a restrição ou extinção da servidão a favor do prédio de moradia de A prejudique a B, que contava com ela, A falta a dever de exercício.

2.

Não-exercício; conseqüências. O não-exercício pode ter conseqüências contra os interesses do titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção, ainda quando não haja dever de exercício: *a)* prescrição; *b)* perda do direito, pretensão, ação, ou exceção, pelo prazo preclusivo; c) morte do titular, se não há transmissibilidade hereditária; *d)* perda do direito de escolha, de retrovenda, ou de opção; *e)* extinção do crédito alimentar, quanto ao passado; f) não inclusão dos créditos no concurso de credores (Código de Processo Civil, arts. 762 e 784) e na falência (DecretoLei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 80-82); g) não atendimento no processo dos embargos do devedor, ou no processo dos embargos de terceiro.

§ 655. Titularidade e exercício

1.

Quem exerce os *direitos, as pretensões, ações e* exceções. Éo titular do direito, de regra, quem o exerce, *a)* Não se diga que, no caso do fiador que opõe exceções que competem ao devedor, não provenientes de incapacidade (art. 1.502, cf. art. 1.25ª), exerce ele direito alheio: dá-lhe o art. 1.502 exceções iguais às do devedor, não as exceções do devedor. Por isso mesmo, se as deixa de exercer, ou a elas renuncia o devedor, o fiador exerce as suas.

b)

Também as exceções do dono do bem que serve de garantia real à dívida de outrem derivam de regra da lei, ainda que não-escrita (analogia com o art. 1.502): são dele, e não do devedor.

c)

O exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções pelo síndico, pelo inventariante, ou pelo testamenteiro, é em representação, porque a lei o tirou ao titular do direito, da pretensão, da ação ou da exceção. *Aliter,* em caso de incapacidade, ou pena, *e.g.,* suspensão do pátrio poder (art. 394).

Há direitos, pretensões, ações e exceções, que somente podem ser exercidos pelo titular, *pessoalmente* (=

excluída qualquer representação voluntária). Exemplo: os direitos de sócio; o direito de crédito, cuja prestação só à pessoa do credor pode ser feita; o direito daquele a favor ou contra quem se estipulou que a prestação só se fizesse pessoalmente; o direito de locação, se não cabe a sublocação sem permissão do locador (art. 1.201); o direito de comodatario

Se a outrem se dá, por lei ou por ato jurídico, exercer direito, pretensão, ação, ou exceção, ocorre a representação legal ou voluntária. Em principio, todos os direitos, pretensões, ações e exceções são exercíveis por meio de representante ou auxiliares.

2.

Atos-fatos jurídicos a) Se o exercício consiste em atos que não sejam negócios juridicos, nem atos jurídicos stricto *sensu,* a prática dos atos não requer "poder" de alguém: o que os pratica para outrem

"poderia" praticá-los para si (especificar, descobrir tesouro, compor música, escrever livro, adquirir posse).

Se alguém os pratica para si ou para outro, é questão que há de ser apreciada, antes, no mundo *Fático,* e não no mundo jurídico. Não há o *representante;* há, apenas, o *auxiliar,* ainda quando seja locatária de serviços a pessoa a quem auxilia. O empregado, que serviu na escavação e achou o tesouro, estava auxiliando àquele a quem locou os seus serviços. Quem leva cada de crédito de A e B nenhum ato

pratica que represente; dá-se o mesmo com o empregado de A que, na oficina, especifica, ou pinta, ou compoe canção, como ato ou peça do seu serviço.

Na L. 25, D., de *adquirendo rerum* dominio, 41,1, Calistrato disse, tratando da especificação como causa de aquisição da propriedade: "salvo se houver sido feita em nome de outrem, com o consentimento do dono; porque, em vidude do consentimento do dono, toda coisa se faz daquele em cujo nome foi feita *(tota* res eius *fit,* cuius nomine *facta est)".* Pompônio, na L. 27, § 1, a respeito de comistão, falou da propriedade daquele cuius nomine foi feita. Na L. 31, § 1, de donationibus inter *virum et uxorem,* 24, 1, ainda Pompônio se referiu à veste feita pela mulher suo nomine e à veste feita por ela *viri nomine.* A ambiguidade ressalta, por se empregar *culus nomine* e suo nomine em vez de "para alguém" (alguém para o qual) e "para si". Não se tratava de representação, posto que se pudesse praticar como de outro (= para outro) ato-real ou outros atos-fatos jurídicos (cedo, M. Rúmelin, Das Handeln in fremdem Namen, *Archiv fOr* die civilistische *Praxis,* 93, 283 s.) A. Manigk, *Willenserklàrung und* Willensgeschdft, 666 sj.

1,) Se o exercício do direito consiste na conclusão de negócios jurídicos ou de atos jurídicos *stricto* sensu, a representação para exercício é determinada pelo ato que se há de praticar para o titular. O exercício do *direito alheio,* em si, não *exige representação;* o que exige representação é o ato que no exercício do direito de outrem se há de praticar. Não têm os juristas prestado atenção a esse ponto; e daí resultam dificuldades e erros. O exercício dos direitos toca ao titular. Bem assim, o da pretensão, o da ação, o da exceção. Enquanto se pode, no mundo fático, exercer o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, não se precisa de representação, nem cabe representação. Quando já se tem de entrar no mundo jurídico, a representação cabe, e é de exigir-se segundo os principios. Se B tem posse do prédio de A e a exerce, não precisa exibir procuraçao: no mundo fático, é o mesmo *ter* posse, *sem* procuração de A, como *ter* posse, com procuração de A. Passa-se o mesmo com os impressores da obra, para o editor A, ou com os empregados da drogaria, que misturam os medicamentos, para o droguista A.

De representação só se pode cogitar quando o ato, que se pratica no exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, o permite; e dela há-se de cogitar se o ato a exige. Há atos para os quais ela cabe

sem ser exigida: tanto posso dar procuração a B, para receber os meus honorários de um parecer que C me pediu, como enviar o recibo por meu motorista, ou pelo datilógrafo, ou algum amigo, que não precisa, sequer, identificar-se. Aqui, essas pessoas conservam-se no mundo fático, talvez no pequeno mundo das relações pessoais estreitas e atuam como se fossem boca e mãos minhas que fossem até o consulente. Veja Tomo III,

§§ 319, nº 4, e 323.

3.

Disposição e exercício. Não se há de confundir o exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, com o exercício de outro direito, que *derivou* daquele, de outra pretensão, ação, ou exceção, que derivou daquela pretensão, ação, ou exceção. E exercêlo dispor deles, ou constituir a favor de outrem algum direito, pretensão, ação, ou exceção, com algo daquilo de que se é titular; mas, *após* isso, o exercício por outrem já é estranho ao que dispôs ou constituiu a favor de outrem. O que constitui uso, usufruto, ou habitação, perdeu aquilo que o usuário, usufrutuário, ou o habitador vai exercer. Por outro lado, o que *fica* só é exercível pelo titular; no exemplo, o nu proprietário.

4.

Exercício por outrem. Se o titular deixa a outrem exercer o seu direito pretensão, ação, ou exceção, nem por isso *dispõe* daquele, ou de alguma dessas. A disposição seria *plus.* Em conseqüência, se, por meio de representação (mundo jurídico), ou como auxílio fático, A deixa o exercício a B, as regras jurídicas concernentes aos atos dispostivos não são invocáveis; falta-lhes o suporte fático, sobre que incidissem (e.g., que A acrescentasse: "fique com o recebido para você", "o que apurar, ou colher, é seu", "dê, depois, a C") 5.

Direitos derivados. O exercício do direito derivado de outro pode subsistir sem que aquele subsista. O

penhor subsiste, se o dono da coisa empenhada vem a perdê-la; o usufruto do prédio, se o proprietário o abandona, ou alguém ganha a ação de reivindicação contra ele, e não contra o usufrutuário, ou o terceiro. O

exercício do direito, pretensão, ação, ou exceção alheia somente se pode dar, ou subsistir, enquanto o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção subsiste em quem deixou e deixa de exercê-lo, ou exercê-la. A reivindicação da casa atinge a locação, o comodato, ou qualquer outra relação juridica (pessoal) entre o titular e o exercente; *a fortiori,* o exercício para o titular e a simples posse. Se sobrevém reivindicação, tudo que permaneceu no mundo fático, ligado ao titular, é como se não tivesse existido, ou não existisse; de modo que a tutela jurídica de algum interesse de outrem somente pode ocorrer se há regra jurídica especial, que se possa invocar.

6.

Poderes. Se há *representação,* no exercício do direito, pretensão, ação, ou exceção, e o ato somente pode ser "em nome do titular", o ato, que o representante pratica, é como se fosse do titular. O mandatário do dono do prédio "transmite" a propriedade em nome do proprietário: cabe e é exigido o "poder". Se o mandante disse que o mandatário cobraria a divida, se e quando o entender, o devedor não pode, ciente, pagar ao credor; se o não disse, a todo tempo a procuração pode ser revogada, e o devedor paga bem, se o faz ao credor. Se o ato somente poderia ser praticado em nome do titular, toda ação ou julgado, contra o ato do representante, há de ser contra o representado.

§ 656. Divisibilidade do exercício

1.

Exercício indivisível. Se o exercício do direito, pretensão, ação ou exceção, consiste num fato só, é indivisível: ato não se divide. Se consiste em dois, ou mais atos, é questão de fato saber-se se podem ser praticados separadamente e com efeitos próprios. Se a resposta é afirmativa, diz-se que há divisibilidade do exercício. O ato de declarar ou de pedir declaração estatal é sempre separável. Não se precisa cobrar a divida, se só se quer que a sentença a declare. Não se precisa, sequer, pedir indenização, se só se deseja deixar claro que E injuriou, ou derrubou o muro, ou cortou a água.

2.

Divisão. Por onde pode ser separado o elemento do exercício, o titular pode escolher o que há de exercer ou deixar que outrem exerça; e.g., dar a posse do sítio a B, ou só lhe permitir que dele tire lenha, ou água; permitir que passe a pé, ou com cavalos, ou a pé e com cavalos, veículos etc.; permitir que more na casa, ou passe o verão, porém sem utilizar a horta e o pomar.

Não importa se o exercício separado implica o exercício de um dos elementos, e o não-exercício dos outros, ou se há exercicio de um, ou alguns, e exercício de outro ou de outros, ou se há transmissão e é transíativa ou constitutiva, ou só exercício. O titular pode fazer combinações, ou preferir a transíação, a constituição, ou a simples permissão de exercício, negocial ou não (o exercente é então puro auxiliar, como servidor da posse).

Nos direitos em que a transíação é proibida, ou não se compadece com a natureza do direito, pretensão, ação, ou exceção, só há o meio da permissão (e.g., o usufrutuário pode ceder o exercício, a título gratuito ou oneroso, art. 717). O direito ao nome é intransferível:

O direito ao sobrenome adquire-se por eficácia de relações de família: a atribuição pelo que tem direito ao nome apenas cria, no outorgado, exercício de direito alheio.

Se o exercício do diteito se realiza jurídico, ou ato jurídico *stricto* sensu, titular, em representação, pode exercer sem ser preciso negócio de regra outrem que o o direito: tudo se passa, então, no mundo fático: e a relação entre o titular e o exercente é psicológica, e não necessariamente jurídica. A diferença dos direitos cujo exercício consiste em negócios jurídicos, ou atos juridicos *stricto* sensu, porque, a propósito desses, o que pratica o não-titular é ato seu e somente seu, se não representa o titular. De ordinário, porém não sempre, cai no vácuo: a intimação promovida pelo não-credor é sem qualquer eficácia; a declaração de vontade, pelo que não é titular do direito formativo, nada cria, modifica ou extingue; a aceitação por aquele a que não foi dirigida a oferta não prende o oferente nem o aceitante (salvo se implica contra-oferta).

Se o titular aprova o exercício pelo não-titular, faz seu o ato ou série de atos alheios e há eficácia *ex* tunc.

§ 657. Pressupostos objetivos do exercício

1.

Começo do *exercício.* O direito, a pretensão, a ação e a exceção são exercíveis *desde* que se *criam.* De regra, com o nascimento deles começa a eficácia e, pois, a exercibilidade. As exceções funcionam, porém, como encobridoras de eficácia, obstando ao exercício do direito, da pretensão, da ação ou de outra exceção.

A exercibilidade extrajvdicial, a despeito da exceção, estabelece situação contrária a direito, que tem de ser apreciada e julgada no processo que sobrevier, com as alegações e as provas respectivas. A exercibilidade judicial obedece a princípios como o Audiatur et *altera pars,* o *Iudex* iudicet *secundum aliegata* et *probata partium* ou Ne *eat* iudex *ultra petita* partium e outros. Se há a oposição de replicatio, ou se o réu nega o direito, a pretensão, a açao, ou a exceção do autor, tem esse de provar-lhe a existência. Se alega nulidade, anulabilidade, ou ineficácia, o ônus da prova é seu.

2.

Pressuposto probatório e legitimação com *cártu la.* Os sistemas jurídicos exigem, em certas espécies, que se satisfaça certo pressuposto probatório. Um deles é o de constar do registro de imóveis quem dispõe de algum prédio. O oficial do registro há de negar-se a registrar a escritura de alienação, se o alienante não éa pessoa que figura como dono no registro de imóveis. No entanto, é possível registrarem-se *documentos,* diferentes, de alienação do mesmo bem móvel. A razão está em que, nesse registro não se estabelece linha histórica dos bens; o registro é de documento, e não de sucessão na titularidade. Não há o fato da legitimação.

Ás vezes, legitima-se alguém com o instrumento que o identifica, ou o aponta como investido de poderes, ou assistido. É o caso da cadeira de identidade ou do passaporte; ou o do mandatário (art. 1.305); ou o do menor, relativamente incapaz, ou o do cônjuge, nos negócios e atos jurídicos *stricto sensu,* em que aquele ou esse precisa do consentimento do representante legal ou do assentimento do outro cônjuge. O

cessionário legitima-se apresentando o título da cessão, ou por meio de notificação do cedente ao cedido.

Chamam-se *títulos* de crédito aqueles documentos, sem os quais o titular do direito não pode exercer o seu direito, inclusive dispondo deles. Em tais créditos dá-se especial relevância ao "título". Alguns há, ditos títulos de crédito incompletos, para os quais o título é necessário ao exercício, não à disposição. Os *títulos ao portador* são aqueles que servem à exigência da prestação, só *por si,* sem qualquer identificação do titular, e só eles servem.

O devedor paga ao podador (apresentante do título); e libera-se, ainda que não seja esse, na história jurídica do título, o dono dele. Passa-se o mesmo com os "títulos de legitimação".

3.

Titularidade e *legitimação.* Se alguém se legitima sem ser o titular do direito, não pode esse, de ordinário, exercê-lo (não élegitimado) e aquele pode exercer direito que não é seu. Tratando-se de legitimado que não é o dono do bem imóvel, ou esse pode pedir (= tem direito a) a *retificação* do registro, por meio de processo contencioso (Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, arts. 212, 213, *pr., 1ª* parte, e 216), ou não no pode (= não tem direito à *retificação).*

§ 658. Limites do direito e limites do exercício

1.

Princípio da coextensão do *direito e* do exercício. De regra os limites do exercício são os mesmos do direito (princípio da coextensão do direito e do exercício). Todavia, esse princípio da coextensividade falha onde os limites do exercício são aquém dos limites do direito. Então, não se pode falar de limites do direito e limites do exercício, indiferentemente. Daí falar-se de limitações (H. C. Hirsch, Die *Vbertragung der Rechtsausúburig,* 32 s.) e de *restrições* ao exercício.

Limitações são contornos, que o proprio sistema jurídico traça, donde dizerem-se, para explicitação, “legais”; restrições são o que se diminui, em virtude de ato jurídico, ao conteúdo dos direitos ou do seu exercício. Se as restrições cessam, o direito ou o seu exercício se restaura. Tal é o que se passa com as exceções, que, por definição, encobrem a eficacia do direito, da pretensão, ou da ação, ou de outra exceção. De ordinário, as regras de direito público limitam direitos, pretensões, ações e exceções; mas os negócios juridicos de direito público somente os restringem se aquelas mesmas o permitiram.

2.

Coexistência dos *direitos e* exercício de *direitos.* Pode ser concebida a coexistência dos direitos como *(a)* em sistema de proposições em que haja alguma ou algumas contradições, e nada impede que, nesse mundo jurídico, direitos, pretensões, ações e exceções haja, cujos limites passem pela área ocupada por outros, *(b)* em sistema de proposições em que não *haja* contradições entre os direitos, pretensões, ações e exceções, e nesse mundo jurídico os limites de todos os direitos, pretensões, açoes e exceções *nunca* passam pela área ocupada pelos outros, (c) em sistema de proposições em que o princípio da prevenção corta, imediatamente ao surgirem, as contradições, de modo a assegurar a não-contradição do sistema, e o *princípio da igualízação* as reduz por fracionamento dos direitos colidentes.

O

exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções ésuscetível das mesmas concepções: a primeira, absolutista, fundada na “ilimitação do exercício“(*Qui jure suo *utitur neminem* laedit), se dentro dos limites do direito; a segunda, fundamentalmente relativista e excludente de toda a contrariedade, sem auxílio dos princípios da prevenção e da igualização; a terceira, relativista, mas apenas em virtude desses dois princípios.

Cumpre observar que, na evolução do direito, algumas regras surgem destinadas a atender, desde logo, à necessidade de não— contradição; isto é, os dois princípios são seguidos *antes* de se darem as contradições.

Assim, o sistema (c) aproxima-se do sistema *(b).* O § 903 do Código Civil alemão, comparado com os arts.

5ª4 e 554 do Código Civil brasileiro, é exemplo frisante (os arts. 5ª4 e 554 eram, sob a Constituição de 1891, só no plano dos exercícios e não dos direitos); o § 903 é no plano dos direitos, não sendo razoável interpretar-se o § 903 como só no plano dos exercícios; a limitação foi aos direitos mesmos, porque o direito ilimitado de propriedade já se não admite. Dizer-se, como A. von Tuhr *(Der Alígemeine Teil,* 111, 55ª), que o exercício dos direitos encontra limite nos direitos alheios que se lhe opõem e que, de ordinário (111, 558), os limites dos direitos são também os do seu exercício, é postular o sistema *(b);* portanto, desnecessário e contraditório invocar (111, 571) os princípios da prevenção e da igualização. Não se compreende que se lance mão de princípios eliminadores, ou redutores de contradição, onde, de antemão, se postulou a não-contrariedade do sistema.

Tratando-se de direitos derivados, por transferência constitutiva, não há limitação propriamente dita, *diante do domínio,* porque a constitutividade negocial de si mesma demonstra que se está diante de *restrição.* O

direito real na coisa alheia tem os seus limites, oriundos de regras jurídicas especiais, que definem a categoria jurídica; em relação ao domínio; ele só o *restringe,* só o debulha, só lhe retira elementos: o proprietário tem a sua propriedade *restringida* pelos direitos reais que contra ele têm eficácia; a consolidação, quando cessa algum direito real, mostra que não se trata de *limitação,* e sim de *restrição.* Limites vão e vêm; não avançam e retrocedem Muito diferente é o que se passa com a Posse: a posse de E não restringe só a propriedade de A; limita-a, ainda quando haja direito do proprietário à posse. Porque a Posse é algo que independe da propriedade e pode opor-se a essa; o proprietário não tem o exercício que seria o da posse, porque não tem a posse, e o exercicio das suas pretensões e ações não são exercício fático, mas jurídico.

3. *Promessas quanto a coisas* ou atos. Mais fracas do que as *restrições,* portanto, *a fortiori,* do que as limitações, são as *promessas* (ou obrigações) quanto à coisa, ou ao ato. Não pode A entrar no terreno de E: o dano a E é limite do direito de liberdade de A. Não pode A impedir que E, titular de direito de servidão, passe por seu terreno: o direito de E restringe o de A. Se A, em vez de dar servidão, apenas se

obrigou (prometeu) deixar E passar, o seu direito de propriedade (ainda) não sofreu limitação, nem restrição. Nem o direito, nem, sequer, o exercício foram atingidos. O exercício contra o que prometeu apenas levará à reparação do dano, talvez após exercício de ação do lesado, penhora e execução forçada. O que prometeu a coisa *(e.g.,* vendeu o imóvel) pode aliená-la a outrem. Responde pelo inadimplemento.

4.

Dano *a outrem* com o *exercício de direitos.* E óbvio que as regras jurídicas, com a sua incidência, criam direitos, pretensões, ações e exceçoes, que são a eficácia dos fatos jurídicos resultantes da impressão das regras jurídicas nos suportes fáticos. Se essas regras jurídicas exaurissem o sistema jurídico, o princípio *

Qui iure suo utitur nem inem laedit seria verdadeiro, ninguém precisana, exercendo os seus direitos, pretensões, ações e exceções, preocupar-se com os direitos, pretensões, ações e exceções dos outros, — a lei mesma ter-se-ia posto à frente dos interesses do titular do direito, pretensão, ação ou exceção. Nenhum credor precisaria de levar em conta os créditos dos outros credores. As *limitações* resultantes de "outras" regras jurídicas, ou daqueles dois princípios (da prevenção e da igualização), mostram bem que aquelas regras jurídicas longe estão de exaurir o sistema jurídico. As regras jurídicas relativas à desapropriação e aos direitos de vizinhança são exemplo nitido. Se limitações não há ao direito, àpretensão, à ação, ou à exceção, ou ao seu exercício, a consideração dos interesses dos outros somente pode ser objeto de proteção em virtude de *restrições* ou de *promessas.* Se não as há, podemos levantar o edifício tirando ao edifício anteriormente construído, ou projetado, ou ao futuro edifício ainda não-projetado, a bela vista que tem ou poderia ter. Sem os arts. 554-588 e outros semelhantes não se pode pensar em limitação do conteúdo; nem em limitação do exercício sem os arts. 15ª e 160,1, 2º parte; nem em consequências de ilicito relativo, sem promessa.

A regra jurídica que, *a contrario sensu,* se extrai do art. 160, 1, 2º parte (exercício regular), incide sobre o suporte fático (exercício irregular de direito), produzindo *ato ilícito absoluto.* Tal regra jurídica estabelece

"limitação do exercício": a lei põe limite ao exercício; entre o exercício e o ato *fora* do exercício contrário a direito, põe o exercício *irregular,* que é exercício, mas, em virtude da existência de outro

direito, contrário a direito. O exercício irregular não é o ato que finge ser exercício, e não no é, nem o ato que se situa *além* (fora) do exercício; é ato de exercício, mas irregular.

5.

Irrelevância do *fim do exercício dos direitos* e *da reserva* mental. O *fim* que tem o titular, ao exercer o seu direito, éirrelevante para o direito, tanto quanto o são os *motivos* na conclusão dos negócios jurídicos e na prática dos atos jurídicos *stricto* sensu. Não importa; tampouco, a reserva mental. O credor pode cobrar ainda que a cobrança, pelas circunstâncias do caso, acarrete a falência do devedor e a sua. Não se recusa eficácia ao direito de provar, na venda e compra a contento (arts. 1.14ª-1.148), se o comprador, *sem razão,* recusa a coisa: exerce direito. Se cabe invocarem-se o direito e a pretensão de resolução (art. 1.092, parágrafo único), a ação pode ser exercida ainda que a finalidade do credor seja outra que a de liberar-se da sua obrigação: não se pode entrar em tal indagação (O. Grandenwitz, *Anfechtung und Reurecht beim Irrtum,* 2). Por outro jado, se há razão para se denunciar, ou para se pedir resolução ou resilição de contrato, e o titular da ação não na exerce, não se pode culpar a ele pelo não-exercício; salvo se a inatividade, por si só, perfaz ilícito, absoluto ou relativo.

§ 65ª. Pactum de non petendo

1.

Pacto concernente ao exercício. Há um pacto que, por definição, diz respeito ao exercício. É o *pactum de non petendo.* Dele nasce, de ordinário, exceção, oponivel ao devedor e ao cessionário (art. 1.072); não, ao que apresenta, de boa-fé, titulo ao portador (art. 1.507), ou a endossatário de boa-fé. Se, em vez de pactum *de* non petendo, se desfez o crédito, é questão de interpretação, cuja solução positiva implica em que se distratou, ou em que se renunciou, ou se desistiu, ou por outro modo se desfez o vínculo; isto é, em que se usou, erradamente, do nome *pactum de non petendo.* Se o *pactum* de non *petendo* é somente para algum tempo, apenas “adia”, dá prazo de tolerância. Pode haver, além disso, mutilação. Não se presume.

2.

Direitos reais e pactum de non petendo. Se o pacto implica redução de algum direito real, é preciso que possa ser e tenha sido registrado. Se não no foi, não operou a redução, e apenas se há de tratar como promessa; é negócio jurídico de direito das obrigações, que se não alçou ao direito das coisas. Então, pode o pactuante ser condenado pela infração da promessa de não usar ou fruir "de certo modo" o bem em usufruto, ou de não exercer integralmente a servidão (= de deixar de servir-se de certo modo); porém não pode ir com as pretensões ou ações de direito das coisas. Sempre que a redução somente poderia ser formal, a promessa não-formal, válida em direito das obrigações, só nesse permanece.

§ 660. Exercício das pretensões

1.

Exercício *extrajudicial e exercício judicial das pretensões.* A pretensão exerce-se ou perante o obrigado, diretamente, ou *através* do Estado, de regra o juiz (exercício judicial da pretensão). A pretensão *perante* o Estado é outra coisa; é a pretensão que teria o titular daquela à tutela jurídica. A interpelação, de regra, é exercício da pretensão com prestação positiva; a intimação a não fazer, a *Abmahnung* da terminologia alemã, é a comunicação proibitiva, a advertência reclamativa, que também interpela. Algumas vezes é pressuposto da ação a interpelação.

Por parte do obrigado, há de cumprir ele aquilo a que está obrigado desde que a pretensão nasceu (data fixa, ou quando resulte da própria relação jurídica, como se há dever de aviso, ou quando alguém administra negócios alheios, ou após interpelação). Se já existe a pretensão e o obrigado não tem de prestar desde logo, porque o titular da pretensão não a exige, dá-se separação entre constituição *da pretensão* e *exercício* dela, de modo que o que é obrigado pode esperar que o titular da pretensão a exerça.

O

nome, proposto por E Langheineken *(Anspruch und Em rede,* 101 s.) de *pretensões retidas (verbaltene Ansprúche)* seria, aí, admissível. Pretensão

já existe; já existe, pois, obrigação: o ato do titular não faz nascerem pretensão e obrigação, ou extinguirem-se. A propósito, por exemplo, dos títu!os ao podador, assunto dos mais delicados, somente com a apresentação do título nasce a pretensão do podador, razão por que somente dessa data corre a prescrição: se há prazo para a apresentação, não concerne à pretensão, — concerne ao direito à cártula.

2.

Exercício da pretensão e exercício da ação. Uma coisa é o exercício da pretensão, judicialmente, e outra, o exercício da ação. Quem judicialmente interpela exerce, judicialmente, a pretensão; não propôs a ação. Nem sempre os juristas evitam essa confusão. Se, ao propor-se a ação, a citação pode ter efeitos que poderiam ter sido os da interpelação, ainda ai é a citação que contém interpelação e *vocatio in ius.* Exercer pretensão é exigir a prestação; propor "ação" é pedir a tutela do Estado, deduzindo-se o que se pede (pretensão, ação). Quem apenas interpela não aciona. As vezes, o titular da pretensão exige, porém não pode propor ação. São as pretensões sem ação. Se o obrigado cumpre, a pretensão está satisfeita. Se o titular exige e o obrigado não cumpre, não pode aquele acionar a esse, exceto quanto à declaração da existência da relação jurídica. E preciso, portanto, que se não confundam *exigir* e *acionar.* Tampouco, exigir e acionar com *pedir:* se há o crédito, sem pretensão e sem ação, o credor pode pedir, porém não exigir ou acionar o devedor Se não se pode acionar, nem exigir, é que não há ação, nem, sequer, pretensão. Se se pode exigir e não se pode acionar, há pretensão e nao ha ação. *Exigere (ex, ago)* é empurrar, reclamar, empuxar, com o fito de que o obrigado cumpra, operar fora para que o obrigado seja exato. Acionar, *agere,* sem o *ex,* não: é ir por si, já sem querer mover o obrigado. O Estado, cumprindo a prometida pretensão àtutela jurídica, é que exige, nas ações propostas: o réu é o obrigado da pretensão à tutela jurídica que o Estado realiza, porque prometeu aos autores tal tutela. A relação jurídica processual é em ângulo: autor, Estado; Estado, réu.

Pode dar-se que a pretensão ainda não haja surgido e caiba a ação de prestação futura; ai, o sistema jurídico põe no presente a condenação que só se poderia conceder mais tarde. A natureza da ação exige trato especial.

3.

Pretensões reais e seu exercício. As pretensões *reais* nascem com a exigibilidade do direito; o que somente nasce com a oposição ao direito é a ação (sem razão, A. von Tuhr, *Der Allgeme~ne Teil,* 1, 242 e 262). Tudo se passa como a respeito das obrigações *pessoais.* Quanto a nascerem as pretensões pessoais, se há termo ou condição, junto com o crédito, ou depois, houve divergências na doutrina: K. Hellwig *(Anspruch* und *K)agrecht, 6;* Lehrbuch, 1, 217), P. Langheineken *(Anspruch* und *Einrede,* 21) e L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 1, 30~-3ª ed., 570) afirmam-no; negam-no C. Crome *(.System,* 1, 509 s.), E. Hólder (Uber das Klagrecht, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 296) e outros. O problema é dependente da *lex lata* e da sua incidência, ou não, na espécie. O termo e a condição, operando no plano dos efeitos, podem, em principio, referir-se a qualquer deles. Se a legislação positiva entende que a suspensão ou resolução se refere a c, e não a *a* e a b, claro é que, onde a regra jurídica incide, c ainda não existe, isto é não nasceu. Se a regra juridica não incide, porque a vontade dos declarantes ou do declarante não fez *c* dependente do advento do termo, ou do implemento da condição, então c já existe. Seja como for, não se há de definir pretensão conforme a regra jurídica que foi adotada respeito à condição ou ao termo (cf. arts. 119, 121 e 123). A regra jurídica não é sobre a pretensão, nem serve a defini-la, ou a retificar-lhe a definição. Há direito nascido, que édireito expectativo, na condição; outra coisa é o direito expectado.

4. Exigibilidade e *pretensão.* Desde que há exigibilidade, há pretensão; de modo que o problema se limita ao problema do termo ou condição concernente a *vencimento.* Questão precisa: "Crédito, cujo vencimento para a prestação ainda não se deu, já écrédito munido de pretensão?" Que é vencimento? Vencida é a dívida exigível? Cai-se em tautologia, mas fica evidente que vencida é a dívida com obrigação, portanto há o crédito munido de pretensão. A pretensão pode surgir *depois* da existência do crédito; não depende da simultaneidade de nascimento; crédito não vencido é, exatamente, crédito a que ainda não nasceu pretensão; não se pode dizer, portanto, que a existência da pretensão nada tem com o vencimento (com razão, E. Hólder, *Alígemeiner Teil,* 423, (iJber Anspriiche und Einreden, *Archiu Júr die civilistische Praxis,* 93,42, Anspruch und Klagrecht, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 291; O. von Gierke, Dauernde Schuldverhãltnisse, *Jherings Jahrbluzher,* 64, 368; J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 174; C. Crome, *System,* 1, 509; H. Dernburg, *Lehrbuch,* 1, 4º

ed., 577; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 1, 263, e II, 510, nota 25; A. ten Hompel, *Der Verstándigungszweck,* 53 s.) contra: para o direito comum, F. Regelsberger, *Pandekten,* 217; B. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 314; para o direito contemporâneo, G. Planck, Kommentar, 1, Q ed., 506; R Oedmann, *Aligemeiner Teil,* 583; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 8º-9º ed., 555; e outros, principalmente K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 7, e P. Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 21). Se o titular da pretensão tem de reclamar, mas poderia reclamar antes, prova isso que pretensão já existia (§ 665, nº 8).

5. *Insatisfação e ação.* O que nasce quando se exige a prestação é a *ação,* se o devedor obrigado não na satisfaz. Se se repete a exigência, nada de novo nasce, salvo se a anterior ou anteriores não entraram no mundo jurídico. Se é perdurável a atitude do devedor obrigado, desde o momento, em que a pretensão nasce, em diante, a pretensão é uma só, inclusive se se trata de pretensão de abstenção permanente, se é única (P.

Langheineken, *Anspruch und Enrede,* 255; sem razão, H. Lehmann, *Die UnterlassungspJ)icht,* 322).

§ 661. Exercício das exceções

1.

Necessidade do exercício das exceções. As exceções têm de ser exercidas. Não porque estejam incluidas no rol do que se há de *alegar* em juízo, e sim porque falta, para a eficácia, que o titular do bis *exceptionis* o exerça. O exercício delas consiste em declaração de vontade. Aquele direito preexiste ao exercício; mas, ainda que o juiz o conheça, não o pode proclamar. Eis por que, de regra, a prescrição não pode ser declarada, se o beneficiado por ela não a opõe. Só o titular ou o que tenha poderes de representação pode exercer o bis *exception* is. Nos concursos, o representante da massa, o curador, pode opá-las; não os credores que impugnem os créditos apresentados. Os que obtiveram penhora da mesma coisa podem alegar nulidade e resolução; não

podem opor exceções, tais como a de prescrição. No art. 1.502, diz-se: "O fiador pode opor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1.25ª." Tais exceções são exceções do fiador, embora se digam exceções "extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal"; são relações nascidas de relação jurídica alheia (P. Langheineken, *Anspruch und Finrede,* 289; A.

von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* 1, 293, e III, 550). Dá-se o mesmo quanto às exceções que podem ser opostas pelo proprietário do imóvel hipotecado, ou do móvel empenhado em garantia de divida de outrem. São exceções próprias, e não exceções de outrem. Exercidas pelo fiador, pelo dono do i´movel ou do móvel.

2.

Falta de exercício tempestivo e *extinção* das exceções. A falta de exercício tempestivo das exceções tem efeito extintivo. O exercício tem o efeito de *encobrir* a eficácia do direito, pretensão, ou ação, a que se opõe: se suspensivas, pendem (e.g., a de prescrição); se permanentes, encobrem-na para sempre, e podem dar ensejo (salvo a de prescrição, art. 970) à *condictio,* se houve erro (art. 965). De regra tira ao crédito o poder-se alegar a compensação (§ 691, 6). Nenhum efeito tem antes de ser oposta, inclusive quanto à mora do devedor. Falaremos disso.

Capitulo IV

Fato Jurídico da Prescrição

§ 662. Conceito de prescrição

1.

Extensão do conceito de prescrição no direito comum e no direito moderno. No direito comum, reuniam-se sob o nome de *prescrição* fatos de nascimento, ou terminação, ou desvirtuamento dos direitos, pretensões, ou ações, devido à continuação de exercício ou ao não-exercicio continuado. Daí distinguirem-se, então, a prescrição aquisitiva e a extintiva. Pensou-se mesmo em teoria geral da prescrição, com tal conceito Jarguíssimo, — o que veio até K.A. D. Unterholzner *(Verjàhrungslehre, 12* ed., 1815, 2º ed., 1858) e perdura em juristas e sistemas jurídicos não a par da ciência, nem da verdade histórica. O erro gerou outros erros, que aos poucos se vão riscando da doutrina e da jurisprudência. O § 178 do *Sys tem,* IV, de E von Savigny foi decisivo em repeli-lo:

trata-se de abstração arbitrária, que os jurisconsultos modernos armaram em teoria; o elemento comum, o *tempo,* passara a unificar a prescrição e a usucapião, a ponto de se falar em *rei praescriptio* e em *rem praescribere,* conceito e termos estranhos ao direito romano, rompendo-se, assim, com a história e a ciência.

Por outro lado, desatendia-se à distinção entre prescrição e preciusao, encambulhandose o que era prescrição e algo que de modo nenhum se submetia às suas regras; pujularam expressões atécnicas, sem qualquer autenticidade desde o século XII. Com tudo isso, distanciavamse os juristas do conceito de *praescriptio,* que só é *exceptio,* pois, nas fontes, prescrição nunca se refere à aquisição ou à perda do direito Durante sete séculos, é de reverenciar-se a Mureto e a Hugo Donelo, que se insurgiram contra a deturpação dos conceitos O último *(Commentarií,* III, 6º ed., 48) exprobrou a *magna inscitia Latini sermonis el iuris* civilis de se chamar prescrição à usucapião e de se falar de *praescribere rem.*

No direito brasileiro, no fim do século passado, Antônio de Almeida Oliveira *(A Prescrição,* 1 s.), com atraso lamentável de leitura e pior escolha (e.g., P. van Wetter, que parece ter sido o único curso de direito romano que ele leu), tratou, conjuntamente, da prescrição e dos outros institutos, como a usucapião. Ainda em 1918, Numa P. do Vale intitulou a sua monografia *Da Prescrição extintiva.* Lendo a Dunod e a LI. Domat, Manuel de Almeida e Sousa (Notas *de uso prático,* III, 158 s.) caiu, muito antes daqueles, no mesmo engano, tanto mais quanto o Código Frederico, que tanto manuseara, não ficara incólume à confusão multissecular, nem no ficara Meio Freire (Institutiones, III, 28 s.). O próprio Teixeira de Freitas *(Consolidação,* arts. 1.319-1.333) tratou da prescrição „aquisitiva", talvez porque tivesse de respeitar a terminologia viciosa das Ordenações Filipinas (Livro 1H, Titulo 4ª, § 3, *verbis* "de que se possa causar prescrição"). Aliás, já nas Ordenaçóes Afonsinas (Livro III, Titulo 127, § 4) vinha a alusão. Ledor, desde o ano anterior (1856), da tradução francesa de F. von Savigny, era de esperar-se que Teixeira de Freitas, na *Consolida*ção *das Leis Civis* (1857), sobpusesse alguma nota, que correspondesse à crítica do romanista alemão; não no fez. Ainda em 1883 não se livrou do erro multissecular *(Vocabulário Jurídico,* 313). Os outros juristas, portugueses e brasileiros, seguiram o mesmo caminho *(e.g.,* M. A. Coelho da Rocha, *Instituições,* II, 357). O próprio Lafaiete Rodrigues Pereira *(Direito das Coisas,* 1, 165, notas 1 e 2), que citou o § 177 da edição francesa de E von Savigny, aliás § 178 (erro tipográfico da edição), achava que a classificação (prescrição aquisitiva e prescrição liberatória ou extintiva), embora pudesse dar ensejo aos erros e perigos previstos por F. von Savigny, "entendida em termos hábeis, é exata (!) e se coaduna com as doutrinas do direito moderno acerca deste assunto (?)„. Influência de E. Mackeldev, cuja obra, traduzida em quase todas as línguas, nenhum valor científico possui. Lacerda de Almeida *(Direito das Coisas,* 1, 227 s.) advertiu na confusão conceptual; mas adotou-a, por ter sido linguagem das Ordenações Filipinas. Não foi, porém, ao excesso do Código Civil francês (arts. 2.219-2.281), seguido do espanhol (arts. 1.930-1.975) e do argentino (arts. 3.4ª7-4.043), de retirar do direito das coisas a usucapião, para, com a prescrição propriamente dita, formar título à parte.

O Código Civil brasileiro de modo nenhum autoriza a se pensar em prescrição aquisitiva, ainda quando a prescrição da pretensão real acarrete a extinção do direito (arts. 739, VI, 745 e 748). As adjetivações

"aquisitiva", "liberatória ou extintiva", são absolutamente estranhas ao direito brasileiro.

2.

Conceito de prescrição no Código Civil. No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generalizantes, *prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa,* a *sua pretensão ou ação.* Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se — contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito — pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fun-darnento da prescrição *é proteger* o *que não é devedor* e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia; nem o que transparecia das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, *pr., verbis* "por a negligência, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar"). Tal fundamento espúrio, de penalidade, viera das Ordenaçoes Manuelinas (Livro IV, Título 80, *pr.);* pois não no tinha o direito anterior a elas (Lei de 6 de janeiro de 1339; cf. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 108, § 3). É interessante observar-se que ainda A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* III, 507) empregou o falso fundamento aludindo à negligência do titular na atenção dos seus direitos.

O

instituto da prescrição é de direito positivo. Se havia e há fundamento para ele, ou se é necessário á vida depois de se chegar a certo grau de civilização, é outra questão. Atribuir-se-lhe a natureza de renúncia, ou de ficção de renúncia (LI. 6. Kierulf, *Theorie,* 211; LI. E. Hasler, Die Wirkung *der Verjàhrung,* 15), orça por se degradar o instituto, que teve origens mais conspícuas.

A proteção, que se contém nas regras juridicas sobre prescrição, corresponde à experiência *humana* de ser pouco provavel a existência de direitos, ou ainda existirem direitos, que longo tempo não foram invocados.

Não é esse, porém, o seu fundamento.

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrindo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade. Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina. Os prazos do Código Comercial correspondem a concepção da vida já ultrapassada; porém o mesmo já se pode dizer de alguns prazos do Código Civil. A vida corre célere, — mais ainda na era da máquina.

3.

Direito privado e direito penal. O ramo do direito em que nasce a pretensão é o que lhe marca a prescrição, ou estabelece prazo preclusivo ao direito. Se essa regra jurídica não foi prevista, rege o que o ramo do direito aponta como fundo comum a ele e a outros ramos do direito. No plano internacional, o sistema jurídico que é estatuto da pretensão também o é da prescrição.

A prescrição da ação penal não importa a da ação civil (1º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de abril de 1947, RT 169/697); nem a da ação civil importa a da ação penal. Para que isso ou aquilo se dê é preciso que exista regra jurídica especial.

4. *Direito comercial.* No direito comercial, a prescrição é matéria do Código Comercial, arts. 4ª1-456, e de outras leis comerciais. O direito civil foi, e é, em muitos pontos, subsidiário. Quase só no tocante a prazos de prescrição há diferenças, devido à sugestão político-legislativa de precisarem ser mais breves os prazos prescricionais em direito comercial. Ainda assim, censurou-se ao Código Comercial não encudar suficientemente o prazo da prescrição ordinária.

5.

Prescrição e sistemática do direito. O lugar próprio para o trato da prescrição, nas codificações, é a Parte Geral, tal como ocorre no Código Civil brasileiro, arts. 161-179. Por isso havemos de entender que toda regra jurídica nova, ainda que concernente a alguma

pretensão constante da lei especial se inclui na Parte Geral do Código Civil, se tal pretensão é de direito civil. Alguns códigos põem a prescrição na Parte Especial, frequentemente no fim do direito das obrigações; mas tal atitude legislativa deixa fora de trato a prescrição das pretensões e ações reais, de direito de família e das sucessões. O que se poderia fazer seria incluir-se na Parte Geral somente o que se refere à prescrição em seu conceito, em seu curso, em sua suspensão ou interrupção, alcance e renúnda, deixando-se à Parte Especial o que é regra jurídica sobre prazo e contagem do prazo. Não há, porém, qualquer contra-indicação à concentração de toda matéria na Parte Geral.

No Código Comercial, a prescrição foi tratada em título àparte (arts. 4ª1-456), depois do titulo sobre "modos por que se dissolvem e extinguem as obrigações

6.

O *que a prescrição atinge.* A prescrição não atinge, de *regra,* somente a ação; atinge a pretensão, cobrindo a eficácia da pretensão e, pois, do direito, quer quanto à ação, quer quanto ao exercicio do direito mediante cobrança direta *(aliter,* alegação de compensação, que depois estudaremos), ou outra manifestação pretensional.

No definirem a prescrição, alguns autores só se referem à ação (e.g., A. de Almeida Oliveira, *A Prescrição,* 9:

"é o obstáculo pela lei posto à ação proveniente de direitos, que durante certo tempo deixaram de ser exercidos por aqueles a quem pertencem"). De regra, a prescrição concerne a toda eficácia da pretensão, portanto à pretensão e à ação. Por outro lado, não há presunção na prescrição; tanto assim que não a elide a prova de haver dívida e pretensão, ou dívida, pretensão e ação. Se para editar a regra jurídica sobre prescrição, o legislador atendeu a algum argumento de se tratar de *id quod plerum que fit,* é outra questão, que se não liga à natureza da prescrição.

O

exercício da pretensão, ou da ação, é limitável, no tempo, pela prescrição; porque, sendo exceção, essa *encobre* a eficácia da pretensão e, pois, do direito. Ê defesa do presente contra o passado, tutela

pública, no dizer de Papiniano (L. 2, § 1, ne *de statu defunctorum,* 4ª, 15). No antigo direito romano, as pretensões e ações de direito civil eram imprescritiveis, *perpetuae,* não sendo exceção a *lex Eu ria,* pois aí o direito mesmo era limitado no tempo. O que uma vez existiu há de existir hoje; o que foi ainda é, sem que o tempo possa alcançá-lo. As ações pretorianas não tinham tal perpetuidade, eram, de regra, *tem po rales;* e as edilicias, sempre, porque se concebiam *a termo.* A afirmação de que a alegação se transformou, depois, em *exceptio tem poris,* ou *praescriptio* (L. 30, § 5, D., *de peculio,* 15, 1; L. 1, § 10, D., *quando de peculio actio annalis est,* 15, 2; L. 48, § 2, D, de *aedilicio edicto,* 21, 1; assim, O. Lenel, *Das Edictum perpetu um,* 226) é inadmissível, pois tudo leva a crer-se em que o réu tinha as duas: a exceção e a alegação do não-direito.

Quando se diz que "prescreveu o direito" emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que

"o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam Quando se diz "dívida prescrita" elipticamente se exprime "divida com pretensão (ou ação) prescrita"; portanto divida com pretensão encobrível (ou já encoberta) por exceção de prescrição. Muito diferente é o que se passa quando se diz "pretensão prescrita", ou "ação prescrita". A pretensão prescrita é a pretensão encobrivel (ou já encoberta) por exceção de prescrição. Ação prescrita, devido à ambigúidade do nome ação, ou é ação (= pretensão) prescrita, ou é ação (= ação) prescrita, isto é, pretensão encobrivel (ou já encoberta) por exceção de prescrição, ou ação encobrivel (ou já encoberta) por exceção de prescrição. Em nenhum dos casos se cortou a pretensão, ou a ação; menos ainda, *o* direito. O

direito não se encobre por exceção de prescrição; o que se encobre é a pretensão, ou a ação, ou são as pretensões, ou ações que dele se irradiam. Quanto a" "ação", no sentido de remédio jurídico, não prescreve,

— preclui; se bem que possa o sistema jurídico concebêlas como prescritíveis, com as conseqflências da distinção entre prescrição e preclusão.

7.

Classificação do fato jurídico da prescrição. O lugar em que o Código Civil tratou da prescrição foi na Parte Geral e bem acertado que o

fizesse, à semelhança do Código Civil alemão. A usucapião ficou ao Direito das Coisas, como um dos modos de aquisição da propriedade, a despeito de parecer a Coelho Rodrigues "romanismo escusado". A prescrição é exceção; a usucapião não no e. Ninguém adquire por prescrição, posto se possa adquirir em virtude de fato jurídico em cujo suporte fático esteja o fator tempo (e.g., art. 698). Ninguém perde direito por prescrição, se bem que se possa perder o direito em virtude de fato jurídico em cujo suporte fático esteja o fator prescricional (e.g., art. 739, VI). Por haver regras jurídicas comuns à prescrição e à usucapião, tentaram a unidade conceptual; mas essa unidade falhou sempre. Também falha, a olhos vistos, a artificial e forçada simetrização dos dois institutos. A prescrição e ato-fato jurídico (§

665, 3).

8. *Exceção de prescrição.* Concebida como exceção, como sempre o foi no direito romano, a prescrição aproveita, *também,* ao devedor, ainda quando ele sabia e sabe que deve. Tal proteção não e *ipso iure.* A exceção pode deixar de ser oposta, o que dá ao seu titular a faculdade de não na opor, — ficando bem, assim, com a sua consciência Por outro lado, as regras jurídicas prevêem interrupções da prescrição (art. 172, l-V), inclusive pelo reconhecimento (ato jurídico *stricto sensu).*

A expressão moderna, técnica, "prescrição" corresponde à *praescriptio temporís, temporalis praescriptío,* isto é, exceção de tempo.

Acentuaram, demasiado, alguns juristas o elemento fático da prescrição, quase deixando-a fora do mundo jurídico, algo como a posse; outros puseram em relevo (J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 231 s.) o "elemento alógico", que o instituto distila na vida juridica, ou o "injusto feito justo", com que ele põe um tanto de arbitrário no mundo do direito *(e.g.,* O. Hoffmann, *Die Verjàhrung der Einreden,* 18). Em tudo isso, há muito de reminiscência das origens históricas, romanas, da prescrição, e ao mesmo tempo de residuo filosófico da concepção da eternidade dos efeitos dos fatos jurídicos (direitos, pretensões, ações). Ora, para os juristas dos nossos dias, toda tratação do problema da prescrição, como conceito, tem de começar pelo corte de tudo que perdeu toda a razão de ser quando as regras jurídicas sobre prescrição passaram a ser como quaisquer outras, insedas no sistema jurídico, de jeito a fazerem parte do todo lógico.

Exceção não é pretensão, se bem que houvesse quem a considerasse e

chamasse contrapretensão *(Gegenan spruch),* como H. Thon *(Rechtsnorm* und *subjektives Recht,* 268; cf. W. Abegg, *Die Verjàhrung der Einreden,* 66). Em verdade, a exceção édefensiva, ao passo que agressiva a pretensão, uma das razões por que não se há de admitir, como W. Bucerius *(Erõrterung der BegrifJe* exceptio, *Finrede und Einwendung,* 125), que se tenha como exceção o direito de impugnação ou a ação de anulação.

A discussão sobre se a prescrição apaga o direito ou só encobre a eficácia da pretensão assenta em ignorância de história do direito romano, que, ainda nos primórdios, separa direito e *acho.* Por outro lado, esquece a distinção entre prazo preclusivo e prescrição. A prescrição gera exceção. O devedor, que a exerce, tem de provar que a prescrição se deu. Pode alegá-la ao credor, se lhe exige, fora de juízo, a prestação, ou quer exercer a pretensão real. Se o credor foi a juízo, tem de exercê-la na forma em que se propôs a ação. Se está prescrita a pretensão, *pode* não se dar mora (arts. 955-963). Falta um dos elementos dos suportes fáticos dos arts. 955, 1º parte, 960 e 961 (H. Langheineken, *Anspruch uind Klagrecht,* 278, 21 e 87 s.), ainda se negativa a obrigação. Se a mora já se operara antes, a prescrição superveniente apaga mora e efeitos (W. von Hoegen, *Die Wirkung derVerjâhrung,* 14). As exceções oriundas da pretensão prescrita também ficam encobertas.

Diz-se, por exemplo, que não ocorre isso com a exceção de inadimplemento do contrato bilateral, *exceptio non adimpleti contractus* (E von Savigny, *System,* V, 421 e 425; Fr. André, *Die Einrede des nicht erjúflten Vertrags,* 132 s.) *E* Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsvex~ãhrung, *Jherings Jahrbúcher,* 41, 330 s.) W. von Hoegen, *Die Wirkung der Verjãhrung,* 15 s.), mas essa exceção nasce do *direito,* e não *da pretensão.*

9. *Encobrimento de eficácia.* A exceção pode encobrir toda a eficácia do direito, ou toda a pretensão, ou toda a ação, ou toda a exceção, ou somente parte. Se houve redução do direito do legatário, em virtude, por exemplo, de excederem as disposições testamentárias à metade disponível (art. 1.727, §§ V e 2º), tem o legatário exceção quanto aos encargos, proporcionalmente.

A exceção de prescrição encobre parte da eficácia do direito, isto é, a eficácia da pretensão ou a da ação, porém não todos os efeitos do direito. O direito, esse, persiste, inclusive para a incidência do art.

970. Se o devedor satisfez a pretensão, não há doação; nem falta de causa. Donde a irrepetibilidade por enriquecimento injustificado. Pode haver negócio jurídico de reconhecimento, a respeito da dívida prescrita; bem assim, garantia real ou pessoal. A hipoteca (art. 84ª), a anticrese (art. 760), o penhor (art. 802) e a caução, com que se garantiu a dívida, subsistem e são eficazes ainda se vem a prescrever a dívida. Idem, quanto à fiança (art.

L502), pois a exceção de prescrição não é extintiva da dívida, nem da pretensão O art. 84ª, 1, diz que se extingue a hipoteca pelo desaparecimento da obrigação principal, e o art. 84ª, VI, acrescenta que se extingue

"pela prescrição". Essa referência é só à prescrição da pretensão hipotecária e não à prescrição da pretensao pessoal. O art. 84ª, VI, contém elipse de "pela prescrição da pretensão hipotecária". Se o Código Civil houvesse admitido que a prescrição da pretensão pessoal importaria em extinção da pretensão real, teria dito, no art. 84ª, 1 (e não no art. 84ª, VI), que a hipoteca se extingue "pelo desaparecimento e pela prescriçâo da obrigação principal". Não no disse.

Se, por efeito de negócio jurídico fiduciário, se transmitiu a propriedade, ou outro direito, para se garantir pretensão, (e.g., a propriedade de títulos de crédito para se garantir dívida de dinheiro), não se pode exigir a retrotransmissão, alegando-se que a pretensão prescreveu.

Se houve prazo de espera, concedido pelo credor, corre a prescrição enquanto ele dura, porque, no direito brasileiro, com a espera, só se interrompe a prescrição, se houve, da parte do devedor, reconhecimento da pretensão. Aliás, a *espera* é inconfundível com o *adiamento,* ou *diferimento do vencimento da dívida,* espécie em que a prescrição somente se inicia ao termo do vencimento. Bem assim com o pacto *de non petendo.*

No direito brasileiro, não há *replica tio dou* para se encobrir a eficácia da exceção de prescrição; nem aquele, contra quem se exerce a exceção de prescrição, pode furtar-se às suas consequências, alegando que foi o devedor que obstou o exercício do direito, da pretensão, ou da ação, ou a prática de ato que produzisse interrupção da suspensao.

§ 663. Pretensões ou ações e prescrição

1. O *que a prescrição* atinge. A prescrição concerne às pretensões, ou às ações, inclusive às pretensões e ações reais; e não aos direitos. Tratando-se de direitos reais, também subsistem eles, posto que se não possam exercer contra aquele a favor de quem se completou a prescrição e seus sucessores *(dominium sine* re). Tal o princípio. Juristas confundiram prescrição de pretensão e extinção do direito em casos em que *acontece* extinguirem-se os direitos de que elas derivam. E preciso, todavia, repelir-se o erro. No art. 739, VI (arts. 745

e 748), a prescrição é elemento do suporte fático da extinção do direito. Idem, no art. 84ª, VI (hipoteca). Se os direitos reais limitados foram indevidamente cancelados, a prescrição da pretensão, que deles se irradia, não determina a extinção deles, salvo lei que o estabeleça, como o Código Civil alemão, § 901. No direito brasileiro, nada se estatuiu especialmente; mas, prescritas as pretensões de direito material contra o dono do bem, ainda que se tenha iniciado, antes do cancelamento injusto, não ~e ser exercido o direito à retificação, porque se extinguiu pela prescrição de todas as pretensões de direito material, *ad instar* dos arts. 739, VI, 745

e 748. (Advirta-se em que a prescrição, de que se fala, é a prescrição das pretensões de direito material privado; não a prescrição da pretensão à retificação, porque essa pretensão é imprescritível, — cf. J.

Biermann, *Sachenrecht,* 138; L. Rosenberg, *Sachenrecht,* 4ª6; sem razão, H. Willenbücher, *Das Liegenschaftsrecht,* 46.)

2. *Extinção de direitos.* No tocante às servidões, ainda se constam do registro de imóveis, extinguem-se elas pelo não-uso durante dez anos contínuos (art. 710, III). O legislador, a respeito de servidões, foi mais feliz do que a propósito do usufruto, do uso, da habitação (arts. 739, VI, 745 e 748) e da hipoteca (art. 84ª, VI): nenhuma alusão fez à prescrição; o prazo do art. 710, III, épreclusivo, e nenhuma referência se há de fazer à prescrição. Precluído o direito, nasce ao dono do prédio serviente a pretensão ao cancelamento do registro (art. 711). Menos feliz foi o Código Civil alemão, § 1.028, que falou de prescrição. Extinta, no direito brasileiro, a servidão, pelo não-uso, embora conste do registro, o adquirente estaria amparado pelo registro.

Donde o problema de técnica legislativa, se o registro não corresponde, de modo nenhum, à realidade (e.q., está fechado o cano aparente, ou a poda, ou a seteira). Há o registro de que resulta a fé pública quanto àservidão; mas o titular não na usou, durante dez anos (mundo fático do exercício dos direitos). Antes de cancelar-se o registro, alguém adquire o prédio dominante. ~Prevalece o fato ou o direito,

— o acontecimento do mundo fático, ou o acontecimento (registro) do mundo jurídico? Há, em verdade, a luta entre duas publicidades. O legislador alemão preferiu que vencesse, na luta entre os dois mundos, o fato material, *enquanto e na medida em que exista* (cf. § 1.028, alínea 2º). O legislador brasileiro, não: a servidão extingue-se pelo não-uso, mas os terceiros adquirentes estão protegidos pelo registro; o dono do prédio serviente, a favor de quem nasceu a pretensão ao cancelamento, tem de fazer a prova do não-uso e pedir que se cancela o registro (art. 711; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 257). No direito brasileiro, a servidão, uma vez registrada, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada (art. 708). Esse é o princípio, e não houve regra jurídica de exceção. E o *princípio da preualência do mundo jurídico,* que o legislador alemão pôs de lado, por lhe parecer que, se instalação (fato) há, que se opóe àservidão, demonstra ela, de si só, a qualquer adquirente, que a servidão registrada é vazia de efeito. Não anuímos nisso, isto é, em que a fé pública do registro cedesse ao fato material. Ainda *de iure conden do,* o direito brasileiro está com a razão.

Se a servidão se extinguiu pelo não-uso, mas o registro não foi cancelado, há a fé pública do registro e há o fato, com que está em contradição. Se o titular da servidão aparente extinta vem a exercer, de novo, a servidão, pergunta-se: *~a)* renasce a servidão, ou *b)* começa novo prazo para a servidão aparente se constituir, ou *c)* é como se não tivesse havido o não-uso anterior? Tratando-se de servidão não-aparente, a solução *c)* impõe-se. Se aparente a servidão, entende Martin Wolff *(Lehbruch,* III, 146), que se há de pensar na solução *b).* Ora, o dono do prédio serviente pode defender a sua posse contra o re-início do uso; se não no fez, o fato da servidão está acorde com o registro. Nada há a fazer-se. No direito alemão, Madin Wolff teria razão; no direito brasileiro, não: o art. 708 não protege o titular da servidão extinta, só protege terceiros; mas tudo se está a passar no mundo fático, onde se deram o não-uso pelos dez anos e o re-início do uso, e onde o dono do prédio serviente, se não pediu o cancelamento

por meio de procedimento próprio, judicial ou judicialiforme, segundo o art. 860 e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 212, 213 e 216, *tinha* de opor ao fato alheio fato seu, inclusive o exercício da ação possessória de esbulho.

§ 664. Prescrição e interesse público

1.

Negócio jurídico sobre alongamento do prazo de prescrição. Há interesse público em que não se pré-

exclua, ou não se dificulte, por negócio jurídico, a prescrição. É o *princípio da inegociabilidade da prescrição.* Tal principio afasta a negociação sobre não haver prescrição, ou sobre ser maior o prazo prescricional, ou interromper-se por outra causa que as do art. 172, l-V, ou impedir-se, ou suspender-se, por outras causas que as dos arts. 168-17 1. A renúncia à prescrição da pretensão ou da ação, se consumada, era possível, em direito romano, e o é hoje (art. 161, alinea 1ª: "A renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar").

O negócio jurídico, que tenha por objeto alongar o prazo prescricional, é nulo (art. 145, II). Idem, a cláusula, o que traz a questão de ser de invocar-se, ou não, na espécie, o art. 153, 1ª parte. Se o negócio jurídico ou cláusula de negócio jurídico, que alongou o prazo, foi posterior à prescrição, entende-se que houve renúncia à prescrição à data do negócio jurídico, ou da cláusula, sendo nulo apenas o alongamento. Dá-se, portanto, a interrupção, conforme o art. 172, V, combinado com o art. 161.

A doutrina e a jurisprudência quanto à inampliabilidade dos prazos prescritivos são assentes (e.g., Supremo Tribunal Federal, 1º de novembro de 1918 e 29 de junho de 1921, *RJ* 13/485 e *RSTF* 33/116); bem assim quanto a ser proibida a renúncia antecipada, ainda que se trate de atendimento a circunstâncias. A jurisprudência admitiu encurtarem-se prazos, em apólices de seguros (Supremo Tribunal Federal, 17 de setembro de 1921, *RSTF* 37/106 sj, sem

atender a que a emenda, que o permitia, fora rejeitada *(Trabalhos da Câmara dos Deputados,* IV, 257, e V, 106 e 137). A respeito, cumpre observar-se que a inserção do pacto de caducidade dentro de certo prazo, menor que o prescricional, pode não ser abreviação de prescrição. Tanto que, reclamada, dentro do prazo, a prestação, começa de correr a prescrição tal como está na lei. Por outro lado, a sugestão de alguns juristas, no sentido de se distinguirem as prescrições de ordem pública e as que o não são, peca pela base; todas as prescrições sao, nesse sentido, de ordem pública, razão por que não se podem renunciar de antemão; só se renunciam depois.

2.

Abreviamento negocia 1. Pergunta-se: ~Podem ser abreviados os prazos de prescrição? No direito francês, diante do art. 2.220 do Código Civil francês ("On ne peut, d‟avance, renoncer à la prescription: on peut renoncer à la prescription acquise), a jurisprudência (Corte de Cassação, 15 de novembro de 1909) admitiu as *cláusulas abreviativas,* porém não as cláusulas extensivas dos prazos prescricionais. No direito alemão, o § 225 é explícito: "A prescrição não pode ser excluída nem dificultada por negócio jurídico. E

permitida a facilitação da prescrição, padicularmente o encurtamento do prazo prescricional." No direito brasileiro, a questão merece exame atento. O acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 17 de setembro de 1924 *(RF* 56/174), que permitiu a diminuição convencional do prazo de prescrição porque, foi dito, não importa em renúncia prévia, há de ser repelido, por ser sem fundamento nos princípios; primeiro, porque renunciar é excluir o direito de exceção de prescrição, e diminuir é agravar o que a lei marcou; segundo, o acórdão fugiu à discussão da matéria, deslocando-a para o terreno impróprio da renúncia e desatendendo à natureza das regras jurídicas sobre prescrição. Cedo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 24 de abril de 1929 *(AJ* 15/335).

§ 665. Pressupostos da prescrição

1.

Suporte f *ático das regras jurídicas sobre prescrição.* A prescrição ocorre quando o seu suporte fático se compõe. No suporte fático da exceção, é preciso que estejam: *a)* a possibilidade da pretensão ou ação (não é necessário que exista a pretensão ou ação, razão por que o que não é devedor, mas é apontado como tal, pode alegar a prescrição, exercer, portanto, o *ius exceptionis temporis); b)* a prescritibilidade da pretensão ou da ação; c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional), sem interrupção, e vazio de exercício pelo titular da pretensão ou da ação.

A técnica legislativa a respeito de prescrição é a de determinar prazos formalmente esquematizados, de modo que regras juridicas, precisas, incidam sobre os suportes fáticos, criando aos titulares de pretensões ou de ações inadmissibilidade do exercício do direito (G. Boehmer, *Cru ndlagen der bUrgerlichen Rechtsordnung,* II, *2,* 103). A exceção é oriunda do direito que então nasce ao devedor. Se no sistema jurídico se introduziu regra jurídica, como as dos arts. 739, VI (745 e 748), e 84ª, VI, que faz extinguir-se, *com* a prescrição das pretensões, o direito, tem-se de atentar na composição do suporte fático de tais regras jurídicas, pois nele se contêm o fato da prescrição de todas as pretensões *mais* o ato necessário à cancelação do direito.

Durante o prazo da prescrição, nenhuma relação jurídica existe de que nasça direito à prescrição; a exceção ainda não nasceu, nem se pode dizer, sequer, que esteja em gestação, *in fieri:* a exceçao nasce em ponto de tempo, exatamente quando se completa o prazo. Antes, tudo se passa no mundo fático. No mundo jurídico, o tempo de quatro anos *menos* uma hora que ocorreu para a prescrição de quatro anos, sem que se completasse o prazo prescricional, somente correu no mundo fático e nada foi para o mundo jurídico.

2.

Alegaçâo da prescrição sem se admitir a pretensão. O que não é devedor pode alegar a prescrição; e a decisão, que acolhe a alegação, não faz coisa julgada quanto à existência da dívida. Para isso, seria de mister que a sentença contivesse julgamento da parte do mérito concernente a existência da divida, seguindo-se-lhe o da prescrição. E vício lamentável pensar-se em exceção de prescrição somente a favor do que é devedor. A regra juridica protege os que não são devedores, os que não no são mais, e os que o são.

3. *Ato-fato jurídico.* Incidindo no suporte tático a regra jurídica sobre prescrição, o *fato jurídico* da prescrição se produz (= o suporte fático entra no mundo jurídico). Entrando no mundo jurídico o suporte tático, temos, nesse mundo, mais um *fato jurídico,* que havemos de considerar *ato-Jato jurídico,* devido ao ato humano negativo, talvez involuntário, que é de mister ao suporte fático. O ato-fato jurídico da prescrição somente produz, no mundo juridico, o efeito de criar o *ius exceptionis,* isto é, o direito de exceção de prescrição.

Direito que se exerce, ou não. Veja § 662, 7.

4. *Pretensão e* prescrição. Certamente, é preciso que exista a pretensão para que se dê a prescrição. O que prescreve e a pretensão, ou a ação; se não existe uma, nem outra, nada há que prescreva. Isso nos levaria a dizermos que só o titular de pretensão pode opor exceção de prescrição; mas iríamos contra os fatos da vida e deixaríamos de atender a que há três planos: o da existênda o da validade e o da eficácia. A prescrição é exceção; passase, pois, no plano da eficácia: se o cômputo de tempo mostra que a ação, ou a pretensão, se existisse, estaria prescrita, pode o juiz acolher a exceção, antes mesmo de outro exame concernente àexistência do fato jurídico ou da validade do ato jurídico. Se o que se aponta como devedor alega a prescrição e se defende, negando a pretensãO, há aquela questão prévia, de mérito, que se há de decidir primeiro.

Se a pretensão é prescritivel, nenhum fato impede a prescrição, perpetuamente; pode suspender-se, ou interromper5e. Se imprescritível, não há pensar-se em causa de impedimento; não foi impedida a prescrição, não há, quanto à pretensão, de que se trata, prescrição. De regra, a prescrição se refere a pretensao, donde não se precisar que tenha nascido a ação (em sentido próprio).

5. *Prescrição e preclusão.* Os prazos preclusivos, ou de caducidade, não se confundem com os prazos de prescrlçao. Neles, os direitos, ou as pretensões, ou as ações se extinguem, não só ficam encobertas. Não é preciso que o demandado alegue a preclusão, ou caducidade: o juiz, se das alegações do demandante conclui que se deu, tem o dever de declará-lo. O assunto merece estudo especial, que adiante se fará.

6. Pessoas fisicas e jurídicas. A prescrição cone assim contra as pessoas físicas como contra as pessoas jurídicas. Com esse principio se pôs

termo aos privilégios (= imunidades à exceção de prescrição) do fisco e da igreja, bem como outros que em alguns países existiram. Todavia teremos de examinar as diferenças, inclusive concernentes a prazos.

7. *Elemento-tempo.* No suporte fático da regra juridica sobre prescrição há de haver a pretensão, ou a afirmação de existir, e o tempo, de cujo decurso depende a incidência da regra jurídica. Para o legislador, há o problema técnico — de técnica legislativa, portanto *de iure condendo* — que consiste em se escolher o tama-nho do elemento-tempo. Não se pode dizer que se hajam obtido critérios científicos: o fundamento fixativo é, quase sempre, histórico, reporta-se, por conseguinte, a momento em que se criou a pretensão, ou a ação, ou a momento posterior que alterou a primitiva extensão temporal. Certamente, mais importa que se conheça tal extensão do que apurar-se ser maior ou menor do que deveria ser. Todavia, há muito a corrigir-se aos velhos prazos prescricionais, alguns já excessivos, ou demasiado curtos, nos séculos anteriores, e outros, tornados, hoje, demasiado longos.

O prazo é fixo; seria de todo contra o interesse público que se deixasse aos juizes a determinação dele.

A prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato, ou a omissão. A pretensão supõe o direito, que é *prius;* pode ser posterior a ele, e.g., se há dia para o vencimento e exigibilidade.

Uma vez que pode ser alegada a prescrição, em alternativa com a objeção à pretensão, o devedor pode admitir somente para o cômputo do tempo o dia em que o credor alega que se iniciou o prazo prescricional, ou alegar que, ainda que a afirmativa da existência da pretensão fosse verdadeira, não seria esse o dia do nascimento da pretensão, questão inclusa na de ter havido ou não prescrição, que tem de ser respondida, antes, pelo juiz.

8.

Crédito e pretensão. A pretensão não pode nascer antes do crédito. Supõe-no. Alguns dizem que ou nasce com ele, ou com o vencimento da divida, se a prestação se há de efetuar mais tarde. Eliminar-seia,

assim, a diferença entre a exigibilidade e o vencimento. Nesse sentido, E. Hólder (Komnientar, 423; Uber Anspruch und Einreden, *Archiv fÚir die civiiistische Praxis,* 93, 42; Anspruch und Klagrecht, *Zeitschrift fúr deutschen Ziuilprozess,* 29, 5ª; Uber das Klagrecht, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 291), O. von Gierke (Dauernde Schuldverltãltnisse, *Jherings Jahrbúcher,* 64, 368), II. Kohler (Lehrbuch, 1, 174), C. Crome *(System,* 1, 509), H. Dernburg *(Das Búrgerliche Recht,* 1, 577), A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* 1, 263, 328 e 510), A. ten Hompel *{~erstandigiinqzweck,* 53 s.). Contra isso, afirma-se que nem sempre a pretensão nasce com o vencimento (E. Regelsberger, *Pandekten,* 217; E. Windscheid, *Lehrbuch, ~,* 9º ed., 314; G. Planck, Kommentar, 1, 4ª ed., 506; H. Rehbein, *Das Búrqerliche Gesetzbtich,* 1, 303; K. Cosack, *Lehrbuch,* 301; P.

Oertmann, *Der Aliqememne Teil,* 583, E.

Endemann, *Lehrbuch, ~,* 8º-9º ed., 555; J. Eiermann,

Búrqerliches Recht, 108; E. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 15ª; R. Leonhard, *Der Allgemeine Te!!,* 235; E.

Zitelmann, *Aliqemeiner Teil,* 176; P. Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 21; H. Lehmann, *Die*

~~~erjassungspflicht, 70 s.). Exigir não ê, tampouco, exigir por meio de ação judicial- Por isso, há pretensões inacionáveis e pretensões ainda não munidas de ação. Adiante, §660, nº 4.

Quando o devedor há de ser avisado, ou pedida, previamen te, a prestação (e.q., na espécie do art. 1.069), o prazo prescricional começa desde que o credor pode pedi-Ia, ou do primeiro dia para o qual poderia ser avisado. A razão disso está em que só se trata de exercício da pretensão, e não de nascimento de pretensão. A pretensão já existe, já é exigível a prestação; apenas não fora exigida. Tratando-se de títulos de apresentação, tudo é diferente: o ato de apresentar é pressuposto necessário para o nascimento da pretensão, razão por que a técnica legislativa tem de cogitar de prazo preclusivo para a apresentação (e.g., Lei nº 2.04ª, de 31 de dezembro de 1908, art. 9º, 2ª parte, e 21), se não há outro ponto de tempo de que se haja de cogitar para a prescrição.

9.

Se é pressuposto o dano ao credor. No conceito de prescrição nenhum elemento há em que se aluda a dano ao credor. Pode ter-lhe sido indiferente exercer, ou não, a pretensão. A posse imediata pelo devedor não viola direito do credor; as duas posses coexistem. De modo que a prescrição começaria, contra o depositante, desde o depósito: a pretensão nasce com o ato do depósito, porque o depositário guarda a coisa até que o depositante a reclame (inc. 1.265); mas há o art. 168, IV, que impede a prescrição. Tratando-se de direitos absolutos, é preciso que haja o fato lesivo para que nasça a pretensão *de que se trata* (isto é, fora da pretensão *erga omnes,* cf. 1(. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 26, e P. Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 9). Há pretensão do proprietário a que ninguém tire a coisa, tanto que se pode exercer por atos inequívocos, ainda que não dirigidos a determinada pessoa. E preciso que se não confunda com a pretensão que nasce do ato ilícito. Aquela preexiste a essa, — é contínua, unitária, de modo que não há ponto de tempo de que se possa começar de contar o prazo prescricional. A segunda, sim, nasce com a violação, quer se trate de pretensão restitutória (executiva), quer de pretensão cominatória, quer de pretensão à indenização (condenatória). Vê-se bem a diferença entre as duas pretensões quando se põe em causa, não a pretensão à abstenção (= pretensão a prestação negativa), mas a pretensão a prestação positiva permanente: enquanto o devedor presta, satisfaz a pretensão; se cessa de prestar, viola o direito do credor e nascem a pretensão à restituição, a pretensão à cominação para não se continuar de infringir o dever, a pretensão à indenização. Nada têm com a pretensão a prestação positiva permanente, que pode dar ensejo, por exempio, à cominatória anterior a qualquer violação ou independente disso *(e.g.,* Código Civil, art. 501; Código de Processo Civil de 1973, arts. 932-933).

Enquanto o devedor tem direito a manter o estado em que se acha (e.g., locatário), não cabe falar-se em início do prazo de prescrição, como a respeito do possuidor sem direito à posse, —não nasce a pretensão a restituição; o que há é o direito à restituição, e direito não prescreve.

(Na literatura alemã, há constante confusão entre a pretensão à prestação negativa, ou à prestação positiva permanente, e a pretensão nascida da violação, razão por que A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* 111, 512, nota 37, entre outros, pensa que, se não existisse o § 198, 2º parte, do Código Civil alemão, a pretensão à abstenção poderia prescrever antes da pretensão por ofensa. Ora, se aquela prescreve, dá-se a prescrição dessa, por força do principio de que prescreve com a pretensão principal a prescrição secundária; cf. art. 167.) O que se

disse sobre as pretensões de abstenção absolutas, principalmente as pretensões reais, também apanha pretensões pessoais de abstenção, como a de proibição de concorrência e a de o vizinho não altear o muro. Com a violação, nasce pretensão à restituição, ou à indenização, ou outra, que nao é a pretensão à abstenção. A pretensão negatória do alteamento do muro e *posterius,* em relação à pretensão de abstenção, ainda se pessoal.

De ordinário, o momento em que se viola a regra jurídica, ou em que se viola o negócio jurídico, e o em que se produz o dano coincidem. Pode acontecer que não coincidam (K. Hellwig, *Lehrbuch,* 1, 197 e 383). Se o dano é perdurante sem que se possa pensar em novo ato danoso, há unidade de ato e continuação do dano, ainda que só se manifeste a espaços (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* 111, 511). Não assim se o ato mesmo é plural (= há atos diferentes), ou o ato se repete podendo não se ter repetido.

Se o crédito tem prestações periódicas ou sucessivas, ao crédito correspondem tantas pretensões quantas as prestações, que de ordinário (porém não necessariamente) são exigiveis ao exsurgimento respectivo. Uma das aplicações do *princípio do debulhamento das pretensões* periódicas ou sucessivas é a do art. 178, § 10, 1-1V; porém o direito possui outras espécies, algumas das quais não têm prazo certo de prescrição, por se nao poderem incluir no art. 178, § 10, 1-1V. Se o crédito estabelece quotas para serem exigiveis em diferentes momentos, a prescrição de cada pretensão não atinge as quotas anteriores, cujas pretensões não prescreveram, nem alteram o nascimento ou a eficácia das pretensões correspondentes a quotas posteriormente exigíveis.

Tem-se de verificar se há, no direito brasileiro, a regra jurídica sobre prescrever com a pretensão a pretensão secundária. Prescrita a pretensão do mutuante, quanto ao capital, prescrita estaria a pretensão aos juros; prescrita a pretensão à restituição, prescrita estaria a pretensão aos frutos; prescrita a pretensão a receber a indenizaçáo, prescrita estaria a pretensão às custas e despesas. A regra jurídica está no art. 167. (Não cabe pensar-se em que a prescrição da pretensão à cobrança ou à restituição importaria em prescrição da pretensão à pena contratual; certo, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 379.) Prescrita a pretensão, prescrita está a pretensão à taxa suplementar de transporte (Reindl, Zur Verjähung der Frachtzuschlagsforderungen, *Deutsche Juristen-Zeitung,* VIII, 100 s.) sem razão, G. Eger, VIII, 123 s.). O principio apanha as prestações, secundárias, se dependem de

alguma prestação principal; *aliter,* se não dependem *(e.g.,* art. 178, § 10, 1 e II). A pretensão de indenização do proprietário contra o possuidor de má-fé, por danos causados à coisa, prescreve quando se dê a prescrição da pretensão de restituição da coisa.

10.

Se é pressuposto o conhecimento da pretensão pelo titular. Para que nasça a pretensão não é pressuposto necessário que o titular do direito *conheça* a existência do direito, ou a sua natureza, ou validade, ou eficácia, ou a existência da pretensão nascente, ou da sua extensão em qualidade, quantidade, tempo e lugar da prestação, ou outra modalidade, ou quem seja o obrigado, ou que saiba o titular que a pode exercer.

Por isso, no direito brasileiro, a prescrição trmntenal da pretensão a haver indenização por ato ilícito absoluto independe de se saber se houve o dano e quem o causou *(aliter,* no direito civil alemão, § 85ª, 5) alínea, 1º

parte: "A pretensão à reparação do dano causado por ato ilícito prescreve em três anos, a partir do momento em que a pessoa lesada teve conhecimento do dano e da pessoa com o dever de reparar Não deixa de correr a prescrição se o devedor mesmo tornou impossível o adimplemento (art. 879, 2º parte: "...se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos", inclusive quanto *a* essa indenização). Corre a prescrição contra os relativamente incapazes (arg. ao art. 169, 1) e contra a mulher casada (salvo entre cônjuges, art .

168, 1). Também corre se, pela falta, ou deficiência de patrimônio, ou ausência, seria inútil a propositura da ação, ou o uso dos meios interruptivos do art. 172, I-V.

O ter o credor conhecido, ou não, a existência do seu direito e pretensão é sem relevância. Nem na tem o fato de o devedor ignorar a pretensão, ou estar de má-fé. No direito comum, era diferente, por influência canônica, desde o 4º Concilio lateranense, C. 5 e 20, X, *de praescr.,* 2, 26; posto que só se devesse entender no tocante à pretensão à restituição da coisa alheia contra o injusto possuidor. Todavia, era erro, *de lege lata,* no direito comum, só se cogitar do pressuposto da boa-fé em se tratando de usucapião. Nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 108, que contêm a lei de D. Dinis, de mil

trezentos e quarenta, ou trinta e nove, não se aludiu à má-fé, nem ao pecado; tampouco, nas Ordenações Manuelinas, Livro IV, Título 80. Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 79, foi que apareceu a enxertia canoníca de D. João III (Carta d"El Rei de 4 de fevereiro de 153ª), *não generalizada:* "Porém esta lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má-fé; porque estes tais não poderão prescrever por tempo algum, por se não dar ocasião de pecar, tendo o alheio indevidamente.~" O texto prestava-se à discussão que no direito comum se travou, em torno das duas decretais, a de Alexandre III e a de Inocêncio III: ou *a)* só se referiam à usucapião (Boden, *De Praescriptiofle ex solo temporis lapsu procedente,* § 13 s.) J. G. Kierulff, *Theorie,* 206-209), opinião insustentável, então, de *lege lata,* mas que, hoje, se impôs; ou *b)* só às ações in *rem* (principalmente, Giphanius, *Explicatio Codicis,* 255 s.); ou *c)* a toda as ações que tenham por fito a restituição da coisa injustamente possuída *(e.g.,* ação de comodato, de depósito, pignoratícia e de locação, quando para reaver a coisa; cf. C. A. Mõllenthiel, *Uber die Natur des guten Glaubens bei der Verjàhrung,* 136 s.) F. von Savigny, *Sys tem,* V, 337); ou *d)* a todas as ações fundadas em ato ilícito (opinião que quase dominou, cl. A. E 3. Thibaut, *Uber Besitz und \/erjâhrung,* 82 e 106). Na doutrina do direito fílipíno, a divergência já se sentira: como em *d),* Pedro Barbosa (L. 3, C., *de praescriptione,* nº 38-61, 88-90: "...praescriptio procedat, data bona fide debitoris praescribentis, alias nuilo tempore praescribet"); mais ou menos, como em *c),* MeIo Freire *(Institutiones,* III, 5º ed., 31 sã; como em *b),* Gabriel Pereira de Castro *(Decisiones,* 35 s. e 173); como em *a),* talvez ninguém, àqueles tempos.

A Lei de 18 de agosto de 1769, § 12, teria cortado a discussão, se não fosse a teimosia reacionária aos atos do governo pombalino. Disse o § 12: "Havendo-me sido da mesma sorte presente que se tem feito na prática dos julgadores e advogados outra grande perplexidade, e confusão, com as outras palavras de sobredito preâmbulo da Ord. Liv. 3, til. 64, que dizem: — *E quando o caso de que se trata não for determinado por Lei, estilo, costume dos nossos Remos, mandamos que seja julgado, sendo matéria que* traga pecado, *por os Sagrados Cânones. E sendo matéria* que não traga pecado, *seja julgado pelas leis imperiais, posto que os Sagrados Cânones determinem o contrário* — suscitando-se com estas palavras um conflito não só entre os textos do direito civil, mas até com os das minhas mesmas Leis: E supondo-se como erro manifesto para sustentar o mesmo conflito, que no foro externo dos meus Tribunais, e da Magistratura Temporal, se pode conhecer dos pecados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior, e à espiritualidade da Igreja: Mando outro sim, que a referida suposição d"aqui em diante se haja por *não escrita:* Declarando, como

por esta declaro, que aos meus sobreditos Tribunais, e Ministros Seculares não toca o conhecimento dos pecados; mas sim, e tão-somente, o dos delitos: e ordenando, como ordeno, que o referido conflito fundado naquela errada suposição cesse inteiramente: deixando-se os referidos textos de Direito Canônico para os Ministros, e Consistórios Eclesiásticos os observarem (nos seus devidos, e competentes termos), nas decisões da sua inspeção; e seguindo somente os meus Tribunais, e Magistrados seculares nas matérias temporais da sua competência as Leis Pátrias, e subsidiárias, e os louváveis costumes, e estilos legitimamente estabelecidos na forma que por esta Lei tenho determinado." A despeito de tão claras expressões, ainda sustentavam a exigência da boa-fé MeIo Freire *(Institutiones,* III, 5º ed., 31 s.), Cândido Mendes de Almeida *(Auxiliar jurídico,* 474 s.) *Código Filipino,* 897 s.), Liz Teixeira *(Curso de Direito Civil Português,* 3ª ed., II, 133 s.), L. Trigo de Loureiro *(Instituições,* ~l, 5º ed., 181 e 189) e Rebouças, em observação ao art. 854 da *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas. Contra, e com razão, Coelho da Rocha *(Instituições,* II, 694-700) e Teixeira de Freitas (nota 2 à *Consolidação das Leis* Civis, art. 854). Cf. Código Comercial, art.

4ª2: "Todas as ações fundadas sobre obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular prescrevem não sendo intentadas dentro de 20 (vinte) anos."

Sob o Código Civil, não há pensar-se em pressuposto de boa-fé. Abstraiu-se, completamente, disso. Só se cogita de boa-fé em se tratando de usucapião, que se rege por outros princípios.

11. *Títulos de apresentação.* A pré-exclusão da pretensão fundada em titulo de apresentação (e não só dos títulos ao portador), opera-se desde que expira o prazo de apresentação, sem ser apresentado o titulo; e a prescrição corre desde que foi apresentado e não pago. (As regras jurídicas sobre não correr, ou interromper-se a prescrição, não incidem quanto aos prazos de apresentação, que são prazos preclusivos, negociais ou legais, como os da Lei nº 2.04ª, de 31 de dezembro de 1908, art. 21: "A letra à vista deve ser apresentada ao pagamento dentro do prazo nela marcado; na falta desta designação, dentro de 12 (doze) meses, contados da data da emissão do titulo, sob pena de perder o podador o direito de regresso contra o sacador, endossadores e avalistas"; cf. Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, art. 6º, §§ e 2º, sobre duplicatas mercantis e de prestação de serviços.) Se os juros ou outras prestações periódicas (caibam, ou não, no art. 178,

§ 10, III) são, de si mesmos, títulos de apresentação, o principio incide, — somente com a exaustão do prazo preclusivo, negocial ou legal, se extingue o direito. Com a apresentação sem adimplemento, começa de correr o prazo prescricional. Idem, se foi pré-excluido pelo titulo, qualquer prazo de apresentação, o que é permitido ao subscritor (no direito alemão, discordam E. Jacobi, *Die Wertpapiere,* 4ª6, que o admite, e P. Oedmann, *Das Recht der Schuldverhàltnisse,* 3º-4º ed., 1.004, e G. Planck, Kommentar, II, 904, que lêem o § 802 do Código Civil alemão como *ius cogens;* no direito brasileiro, porém, não temos o prazo preclusivo geral, legal, de apresentação, que permitiu argumentar-se com a necessidade do prazo). O art. 125 e seus parágrafos incidem, como regras jurídicas interpretativas (P. Oertmann, *Das Rech t der Schuldverháltnisse,* 1.003). Apresentado o título dentro do prazo, *o* credor tem a pretensão (seria erro dizer-se que mantém a pretensão, — mantém o direito) e, não paga a dívida, começa de correr o prazo prescricional (E. Jacobi, *Die Wertpapiere,* 4ª6; e *Grundriss des Rechts der Wertpapiere,* 3º ed., 110; contra, L. Enfleccerus, *Lehrbucli,* II, 31A-35º ed., 665, nota 1, e P Oertmann, *Das Recht der Schuldverhãltnisse,* 1.004, com razão no direito alemão, diferente do brasileiro, que não tem a regra jurídica especial do § 801, alinea 1º, partes 2º e 3º).

Se não há prazo de apresentação, não se pode pensar em preclusão. A prescrição é a ordinária (vinte anos) ou a especial aos cupões de juros (art. 178, § 10,111), *a partir do momento em que foi exigido pelo portador o pagamento.* Aqui discutiram e divergiram O. Wendt (Unterlassung und Versãumnisse, *Archiu Jtír die ciuilistische Praxis,* 92, 216), que entendia partir da data da emissão o prazo prescricional, o que seria impraticável, ou contra-indicado, se a data não constasse do título, e aqueles que, fazendo-o iniciado à data da chegada às mãos do portador, fixariam em dia de difícil verificação o começo do prazo *(e.g., 6.* Planck, *Kommentar,* 905; L.Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 666, P. Oertmann, *Das Recht der Schulverhàltnisse,* 5º ed., §

801, 5, que mudou de opinião, cp. 3ª-4ª ed., 1.004). Como O. Wendt, E. Jacobi *(Die Wertpapiere,* 4ª5 s.).

Nem aquelá nem essa opinião são de admitir-se: se o titulo tem data, e é título para ser cobrado logo, e não, principalmente, para circular, o prazo há-se de contar da data; se não tem data ou a tem, mas se destina o título, principalmente, à circulação, conta-se da apresentação, que é quando nascem a pretensão e a ação.

Ao subscritor incumbe o ônus de afirmar e provar que se esgotou o prazo de apresentação; ao podador, o de afirmar e provar que apresentou. Se, porém, o portador alega, em beneficio próprio, que não apresentou, para afastar que se tenha iniciado o prazo prescricional, ao subscritor incumbe afirmar e provar que houve a apresentação.

Se o dano é posterior ao ato ilicito que o causou, não há inicio de prazo prescricional *antes* de se ter dado o dano mediato. Porque somente a esse momento nasce a pretensão. Os sistemas jurídicos que o contam desde o ato ilícito *(e.g.,* o alemão, § 85ª) estabelecem prescrição da pretensão antes de haver pretensão, o que é, ainda conceptualmente, errado.

12.

Pretensão a ato negativo e pretensão a ato positivo. Se o direito e a pretensão pessoais concernem a ato negativo do devedor, enquanto não há o ato positivo, não há a pretensão nata da violação. Se concerne a ato positivo, a pretensão começa de prescrever desde que se não satisfaz a pretensão. Se o credor declarou que não exigiria antes de avisar (Ulpiano, L. 48, D., *de verborum obligationibus,* 45, 1: "Si decem"cum petiero dari fuere stipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur et quase síne mora, quam condicionem habet stipulatio: et ideo licet decessero priusquam petiero, non videtur defecisse condicio"), há advertência, aviso, admonição, para que não se deixe de prestar no tempo devido, e não condição. Discutiu-se se *(a),* antes do aviso, já há pretensão, ou se *(b)* a pretensão nasce com o aviso. Em verdade, a confusão foi enorme, porque alguns entendiam, erradamente, que a ação é que prescreve, e não a pretensão. Para esses, a prescrição havia de somente começar com a violação. Para os que reputaram prescritivel a pretensão, haveria de começar antes da violação o decurso do prazo prescricional. Ulpiano, no texto, adverte quanto ao erro de se ter como condição suspensiva o aviso. Nada está suspenso. Se estivesse, sim; ter-se-ia de entender que ainda não poderia correr o prazo. O art. 170, 1 e li, estabelece que não corre a prescrição pendendo condição suspensiva, ou não estando exausto o prazo. Não se trata de suspensão do decurso do prazo; trata-se de pretensão condicionada, embora já haja, de regra, crédito ou direito. As duas regras jurídicas do art. 170, 1 e II ("Também não corre a prescrição: 1. Pendendo condição

suspensiva. II. Não estando vencido o prazo") existiriam no sistema jurídico, *ainda que não estivessem escritas no Código Civil, ou alhures.* Porque resultam da definição de prescrição, como encobrimento da eficácia da pretensão. Naquelas duas espécies, ainda não há pretensão; portanto, não se poderia pensar em prescrição. O que é atingido, em *sua eficácia,* pela condição suspensiva, ou pelo termo suspensivo, é o direito, e não *a* pretensão, que ainda não existe. A suspensão só se refere àexistência da pretensão; o termo inicial, também. Em todo o caso, se o direito mesmo é atingido em sua existência, o que é raro, *a fortiori* não se pode pensar em prescrição: se não há direito, não pode haver a pretensão, que prescrevesse.

A espécie do aviso necessário à cobrança e as de condição e termos suspensivos são inconfundiveis.

13. *Avisos.* Pretensão já há, se não se trata de condição suspensiva, e sim o que Ulpiano chamou *admonitio* (aviso), ou se não há termo inicial, e sim tempo que há de correr após aviso. Por isso mesmo, a prescrição começa de correr antes do aviso. A doutrina alemã, apontando, aí, exceções ao *princípio da existência pressuposto da pretensão,* não esteve à altura do que ela mesma descobrira sobre a pretensão e o seu nascimento: tais exceções são frutos de ilusão de óptica; a ambigoidade da expressão *Ktindigung,* na espécie, em vez de

"aviso" (e não de denúncia), concorreu para a confusão. Assim, quando se diz que, se a pretensão somente nasce em virtude da denúncia pelo credor, o prazo da prescrição começa no momento da denúncia, e se invoca o § 199 do Código Civil alemão, confundem-se as duas espécies que a língua alemã meteu, erradamente, no conceito de *Kúndigung.* Primeiro, o § 199 não disse isso: apenas estatuiu que, se o titular de crédito somente pode exigir *(verlangen)* o crédito após o aviso (que ele diz denúncia, *verbis gekúndigt hat, Kúndigung),* a prescrição começa no momento em que ele se poderia dar. *t/eriangen,* aí, está por exigir, pedir, mas supõe, *ex hypothesi,* o ter sido, antes, reclamada, se bem que, na ordinariedade dos casos, em exigir já estejam o reclamar e esse exigir, que se dissociou. No ato de exigir, há, de regra, o aviso e o resto do exercício da pretensão; nas espécies do § 199, dissociou-se o ato em aviso e posterior exigir (em sentido estreito). Como aviso já é exercicio, dele parte o prazo de prescrição; se não se deu, começa o prazo desde o momento em que se poderia ter dado. Segundo, o avisar é exercicio da pretensão; a pretensão nasce desde que o aviso pode ser dado.

E.

Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9º cd., § 107, nota 9) cometia esse erro, não prestando atenção a que, se *actio,* nos textos romanos, quase sempre é pretensão, raro o é nos brocardos e proposições dos escritores dos tempos modernos, que muitas vezes traduzem *actio* por ação. Na regra *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris,* se *actio* é ação, alude-se, erradamente, a prescrição da ação; se *actio* é pretensão, já os que a forjaram e repetiram tinham sido desatentos aos fatos: não há, aí, pretensão *nondum nata,* — a pretensão já nascera, exatamente porque o seu nascimento começa com a exigência *in potestate creditoris.* Puseram tais escritores o dilema: não há, ainda, a pretensão; portanto, ou se há de contar o prazo desde que o credor *pode exigir,* ou quando *exija.* Ora, raciocinavam eles, se à pretensão, no mútuo com condição suspensiva potestativa, somente começasse o prazo prescricional com o ato de exigir, não se iniciaria nunca; portanto, se há de ser prescritivel a pretensão, é antes dela que tem de começar.

Partira-se de premissa falsa: *ainda* não há pretensão, se o credor tem de avisar. Daí a formulação da regra *Toties proescribitur actzon*" *nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris.*

Pouco adianta ler-se o que escreveram os sustentadores de não haver, ai, *actio nata,* ou porque confundiam ação e pretensão, ou porque usavam um nome por outro *(e.g., O.* Lenz, *.Studien und Kritiken,* 237; A. von Vangerow, Von welchem Zeitpunkte beginnt die Verjährung der Darlehns-Klage, *Archiv Júr die civilistische Praxis,* 33, 295 s.) J. Unger, *System,* II, 5º cd., 377 s., F. Zrocllowski, Zur Lehre von der Nativitãt der Klage, *Archiu Júr die civilistische Praxis,* 5ª, 360).

Se o titular do direito somente pode exigir a prestação depois do aviso, o começo do prazo da prescrição é aquele em que poderia avisar. *E.g.,* se, no mútuo, se estipula que há de haver aviso cada semestre, somente quando já se poderia avisar é que se inicia O prazo prescricional. (Quando já se poderia, *juriclicamente,* dar aviso, e não quando, *faticamen te,* se poderia avisar.) Se há aviso, sem que se satisfaça, daí começa o cômputo do prazo. Também, se o aviso deve ser dado pelo devedor, só se inicia o prazo com o aviso (E.

Riezler, *J. r» Staudingers Rommentar,* 1, 714).

Poder exigir e poder praticar ato para poder exigir são o mesmo. A vontade exigente e a vontade do ato com que se exige têm o mesmo conteúdo: ali, num só momento; aqui, em dois. A dificuldade estaria nos casos e m que há tempo marcado, correndo após, para que o devedor preste; porém, aí, ou já se quis, ou não se quis, e a prescrição é desde que principiou a exigibilidade, em sentido estreito. O *ato de avisar já é conteúdo de exigência.* Quem avisa, ainda que haja prazo após o aviso para que, antes dele, o devedor preste, já começou de exigir; por isso mesmo a mora é sem dependência de nova interpelação e a prescrição corre do dia em que se poderia ter avisado. Tudo se passa no plano do adimplemento, portanto já se está no tempo da exigibilidade, que apenas afirma a particularidade de ser em dois ou mais atos, sucessivos. Não praticar o primeiro ato do conjunto de atos, que seria a exigência, já é deixar de exigir E assaz importante atender-se a que o exercicio é um todo.

Porque o aviso seria exercício de pretensão, se o aviso é para que o devedor pague dentro de prazo, introduziu-se elemento temporal na série de atos que compõem o exercício; e esse e!ernento é ineliminável pelo credor. Se ele não avisou, tem-se de levar em conta que o aviso e o seu efeito mediato hão de ser tratados como *momento concreto* (ponto concreto), e, então, ou só após ele se há de cogitar de começo de prazo prescricional se há prazo após o aviso, começa o prazo prescricional quando aquele termina); ou se há de entender que desde a falta do aviso se iniciou o prazo prescricional. A melhor solução é a segunda, porque o elemento temporal apenas é efeito do aviso. Têm-se como momento concreto o aviso e o elemento temporal, que dele depende e apenas sustém a eficácia. São todo compacto.

§ 666. Interpretação das regras jurídicas sobre prescrição

1. *Regras* jurídicas *sobre prescrição.* As regras juridicas sobre prescrição hão de ser interpretadas estritamente, repelindo-se ~a própria interpretação analógica (Supremo Tribunal Federal, 9 de dezembro de 1932 e 27 de junho de 193ª, *Ai* 35/35ª; Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de novembro de 1937, *RT* 113/

111; Corte de Apelação de Minas Gerais, 12 de janeiro de 1935, *RF* 64/61).

Tem-se dito que, se o feito fica em conclusão dos juizes, ou membro do tribunal, ou em mesa, não corre a prescrição, porque não foi devida à inação do autor a paralisação, e sim ao presumido impedimento dos juizes ou tribunais. Não está certo: o sistema jurídico brasileiro não admitiu tal caso de interrupção, ou de suspensão; nem os que o afirmam argumentam com os textos legais. A jurisprudência é contrária ao que pretendera J. X. Carvalho de Mendonça *(Tratado,* VI, Partes li e III, 516); *e.g.,* Supremo Tribunal Federal, 26

de outubro de 1921 *(RT* 42/45ª), e 3º Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 19 de setembro de 1927 *(RD* 86/410).

2.

Regras jurídicas sobre não correr ou haver suspensão e interrupção. Os casos de não correr, de suspensão e de interrupção da prescrição são taxativos (Supremo Tribunal Federal, 4 de junho de 1924, RST

81/90-92), se bem que não sejam só os do art. 172, l-V, do Código Civil ou do art. 453, nº 1 a 3, do Código Comercial; mas, aí, outro texto legal precisa existir, sem se poder lançar mão de interpretação extensiva, a pretexto de haver a mesma *ratio legis* (sem razão, Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, 27 de janeiro de 1921, *RF* 38/314-316). Todavia, o art. 172 tem de ser entendido, hoje, de acordo com regra jurídica explícita, que é a do art. 219, §§ 1º-2º, do Código de Processo Civil, como, em verdade, e já assim era antes do Decreto-Lei n0 6.790, de 15 de agosto de 1944, art. 1º(sem razão, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de maio de 1921, *RF* 37/310).

3. *Princípio de isonomia e prescrição.* O Código Civil pré-exclui o curso da prescrição contra os absolutamente incapazes, os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal, dos Territórios, ou dos Municípios, e contra os que se acharem, em tempo de guerra, servindo na armada ou no exército nacional. *Não há outras imunidades à prescrição se de causa puramente subjetiva.* O princípio, que hoje rege, é o da igual criação da prescrição. Corre ela contra quem quer que seja, Brasileiros e estrangeiros, residentes no Brasil e não residentes no Brasil, homens e mulheres, dirigentes e dirigidos, comerciantes e não-comerciantes, pessoas jurídicas de fins econômicos e pessoas jurídicas de fins não-

econômicos, inclusive religiosos e culturais, União, Estados Federados, Territórios, Distrito Federal e Municípios. Segundo o próprio princípio de isonomia (Constituição de 1988, art. 5º, *pr.),* os legisladores não podem estabelecer privilégios imunizantes. Não foi supérfluo, nem ocioso, o art. 163, ao explicitar que "as pessoas jurídicas estão sujeitas aos efeitos da prescrição e podem invocá-los sempre que lhes aprouver". Cf.

Código Comercial, art. 45ª.

4.

Princípio de irretroatividade das *leis e prescrição.* A lei nova não pode tornar prescritivel a pretensão já prescrita (Supremo Tribunal Federal, 3 de julho de 1942, *LJSTF* 12/202, onde há certa impropriedade de terminologia, como a de dizer "extinta" a divida prescrita). Atinge a prescrição em curso (7 de abril de 1942, OD 16/222; 16 de novembro de 194ª, *1W* 129/4ª4). A distinção que entendia fazer o acórdão de 17 de dezembro de 1944 *(JSTF* 1, 1941, 115) entre prescrição e preclusão, a respeito da lei nova, é inadmissível.

§ 667. Imprescritibilidade

1.

Pretensões prescritíveis e pretensões imprescritíveis. A prescrição, em principio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos. A imprescritibilidade é excepcional. À prescrição submetem-se todas as pretensões, inclusive as que correspondem a direitos reais, ao direito de família e ao direito de sucessões. *As relações jurídicas e os direitos mesmos não prescrevem;* razão por que não se pode pensar em prescrição da locação ou da sociedade. A renda constituida, imobiliariamente (arts. 74ª-754 e 1.431), pode ser por tempo determinado ou não; a relação jurídica obrigacional (arts. 1.424-1.430) tem de ser por tempo determinado (art. 1.424): cada prestação prescreve em cinco anos (art. 178, § 10, II). No direito suíço das obrigações, art. 131, relativo a rendas e outras prestações periódicas, falou-se de "prescrição" do direito de reclamar a renda, desde o dia da exigibilidade da primeira prestação não paga; a

prescrição do crédito acarreta a das prestações. O erro de terminologia é evidente: o direito à renda não prescreve; trata-se de relação jurídica, da qual se irradiam os efeitos, que são as pretensões às prestações. O que o legislador suíço imaginou foi causa especial de extinção da relação jurídica, à semelhança do que ocorre, no direito brasileiro, com o usufruto, o uso e a habitação (art.

739, VI, 745 e 748).

2. *Imprescritibilidade.* (1) São imprescritíveis: *a)* as pretensões de direito de família, sempre que tenham por fim restabelecer, ou estabelecer para o futuro situação que corresponda a relações jurídicas de família *(e.g.,* pretensão ao estabelecimento ou restabelecimento da vida conjugal; ação de investigação da paternidade ou da maternidade, Tribunal de Apelação da Bahia, 30 de novembro de 1943, RT *da Bahia,* 36/164); pretensão dos cônjuges para a posse das coisas que entraram na comunhão *(aliter,* a pretensão a prestações, *fixadas,* de alimentos conforme os arts. 233, V, — antes da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 — 23ª e 277, devido ao art. 178, § 10, 1); *b)* a pretensão para dividir a coisa comum (Corte de Apelação de São Paulo, 5 de fevereiro de 1936, RT 103/263); *c)* a pretensão oriunda de direitos registrados no registro de imóveis, exceto a pretensão à reparação do dano (art. 177, P parte), a pretensão de enriquecimento injustificado (arts. 967 e 968) e as pretensões a juros ou outros interesses (arts. 178, § 10, II e III); *d)* as pretensões que nascem das relações de vizinhança (arts. 554-588), exceto as de indenização nos casos dos arts. 561, 570, 579, 580-583 e 587; *e)* a ação de regulação do exercício de direito, em caso de concorrência; fl a ação de demarcação (Corte de Apelação de São Paulo, 28 de agosto de 1935, *RT* 100/543).

Quanto às ações de direito de família, às vezes, devido a lei expressa *(e.g.,* art. 178, §§ *4º,* II, e 5º, III), são prescritíveis.

A pretensão a alimentos, por direito de familia, própria do direito unitário a alimentos, é imprescritivel. Quem não os cobrou durante vinte anos pode deles precisar, depois; é provável mesmo que deles precise. A jurisprudência que os faz prescritíveis em vinte anos provém de leitura superficial do Código Civil, O art. 177

fez prescritíveis em vinte anos as ações a que não foi marcado prazo menor; mas é óbvio que só se referia às ações *prescritíveis.* O art. 177 só incide onde não se trata de pretensão imprescritivel. Por isso, é

errada a jurisprudência que pensa em prescrição vintenária de pretensão imprescritivel *(e.g.,* quando trintenário o prazo, 2º Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de agosto de 1923, *RD* 73/176; Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de junho de 1933, *RT* 88/177; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3

de março de 1941, 132/326).

As ações dos arts. 1.719, I-IV, e 1.720 são de nulidade. Não prescrevem em vinte anos (sem razão, ainda antes da Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, Tribunal de Apelação de Santa Catarina, 28 de agosto de 1944, *RT* 160/25ª; *1W* 89/741). São imprescritíveis.

A ação de retificação do registro de imóveis é imprescritível (cf. Turnau-Fórster, *Das Liegenschaftsrecht,* 1, 3º ed., 306; H. Willenbúcher, *Das Liegenschaftsrecht,* 42; C. Predari, *Die Grundbuchordnung,* 2º ed., 185; G.

Planck, *Kommentar,* III, *1,* 246 5.); o que se pode dar é que cesse, por estar prescrita a ação do titular do direito. Não se pode dizer que, prescrita a ação do titular do direito, esteja prescrita a ação de retificação; essa desaparece, o que é mais, porém ressurge com a renúncia à prescrição. Não se trata de pretensão acessória, mas de pretensão que nasce da inexatidão do registro em relação ao estado da pretensão do titular do direito.

(II) São imprescritiveis: *a)* as pretensões declarativas (não pela razão, que muitos apontam, de se tratar de ações a que não corresponde a pretensão); *b)* as pretensões à decretação da nulidade; e) as pretensões do direito formativo gerador, modificativo, ou extintivo, se bem que possa haver, na espécie, prazo de preclusão; *d)* as pretensões à cessação da comunhão (pretensão divisional, síricto sensu) e à partilha; *e)* as pretensões a fazer terminar confusão de limites e as demais pretensões concernentes a direitos de vizinhança; fl as pretensões à retificação do registro de imóveis, de aeronaves e de navios.

(III) Sob o direito anterior à Lei nº 2.437, de 7 de março de 1955, dizia-se que a ação de investigação de paternidade ilegítima prescrevia em trinta anos (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de maio e 3 de outubro de 1942, RT 139/55ª, e 155/722; 4º Câmara, 1º de março de 1945, 15ª/156; 1º Grupo de Câmaras Civis, 12 de março

de 1945, 155/722; 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 5 de novembro de 1947, 1W 131/506º 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de agosto de 1948, 176/622). A ação de investigação da paternidade ilegítima é imprescritivel. Trata-se de ação declaratória, com limitação legal de pressupostos de direito material; as ações declaratórias são imprescritíveis. Quando nas leis se entende limitar a duração da pretensão relativa a *status,* cria-se prazo preclusivo (art. 178, §§ *3º* e 42,1); se não foi criado tal prazo, não há cogitar-se dele. A regra juridica sobre prescrição seria, de *iure* condendo, errada.

O 2º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de abril de 1945 (RT 156/586), entendeu que a prescrição da ação de nulidade por infração do art. 1.132 se dava em trinta anos. Era e é absurdo. Ações de nulidade não prescrevem. Pior é que a 3º Câmara, a 16 de abril de 1945 *(RT* 15ª/733), generalizou: „Sendo o ato viciado de nulidade absoluta, compra feita pelo mandatário, por interposta pessoa, a prescrição dos direitos do mandante só se verifica no prazo de trinta anos.

Aliás o caso não era de nulidade; mas de ineficácia. Por onde se vê quão impertinente foi o julgado.

A pretensão à extinção da comunhão é imprescritível. Enquanto há comunhão, há pretensão a que se extinga.

Porém é prescritivel a ação de anulação, ou de resolução por inadimplemento, do negócio juridico que deu causa à comunhão; bem assim precluem as ações de redibição e *qucnti minoris* relativas à coisa prestada para se estabelecer a comunhão.

A 3ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 27 de agosto de 1937, disse que a ação de divisão somente é imprescritivel se terceiro não adquire o imóvel por usucapião. Sem razão; a aquisição por terceiro tem como consequência a perda da propriedade pelo que era comuneiro: nada tem isso com a ação de divisão, que é, sempre, imprescritível, como a de partilha entre herdeiros e a *finium regundorum.*

3. *Direitos formativos.* Os direitos formativos estão sujeitos, de regra, *a prazos preclusivos,* de modo que se extinguem. Quando a técnica

jurídica não põe como resultado desejado a extinção do direito, e sim o encobrimento da sua eficácia, lança mão da *prescrição* da pretensão, ou da ação, — e não de prazo preclusivo, que dê ponto final àquela, ou a essa.

4. Pretensões possessórias. Diz-se que as pretensões possessórias escapam à regra, extinguindo-se por prazo preclusivo (Código de Processo Civil, arts. 920-931). No direito brasileiro, não; o que se extingue é a pretensão executiva mandamental, o remédio processual da manutenção, ou da reintegração, segundo o art.

928. A pretensão possessória continua, podendo ser matéria de "ação" ordinária de posse (Código Civil, art.

5ª3: "As ações de manutenção, e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e passado esse prazo, ordinárias, não perdendo contudo, o caráter possessório."). O

prazo preclusivo só se refere à sumariedade *(Comentários ao Código de Processo Civil de 1939,111,1,* 313

s.). O art. 5ª0, IV, estatui que se perde a posse "pela posse de outrem, ainda contra a vontade do possuidor, se este não foi manutenido, ou reintegrado em tempo competente". Não se tire dai que, não proposta a ação de força nova, a posse esteja perdida; então, a ação do art. 5ª3, 2e parte, seria petitória. O art. 5ª0, IV, apenas enuncia o *princípio da exclusividade da pretensão possessória,* segundo o qual duas posses do mesmo grau e eficácia são impossíveis, salvo composse. Se a pretensão possessória (de direito material) se extinguiu, ou pela preclusão, ou pela aquisição da propriedade e posse por outrem, a posse, que existira e não foi manutenida, ou reintegrada, perde-se. Tal o direito brasileiro. No direito argentino (art. 2.456), a pretensão possessória material extingue-se: "Se pierde también la posesión cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesión de la cosa y goce de elIa durante un aflo, sin que ei anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesión, óhaya turbado la dei que la usurpó." No direito português, art. 1.267, *d),* também se diz que o possuidor perde a posse "pela posse de outrem, mesmo contra a vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais de um ano". No Código Civil alemão, § 864, fala-se da extinção da pretensão da manutenção, ou da reintegração, pela expiração do ano que se segue à força proibida. Vale dizer-se que esses sistemas jurídicos e outros não

têm a ação de força velha. Temo-la no direito brasileiro; e os arts. 920-931 do Código de Processo Civil, *só referentes aos interditos de manutenção e de reintegração,* de modo nenhum derrogaram o art. 5ª3 do Código Civil, no sentido de extinguirem a ação de força velha, que é ordinária. A pretensão possessória, de que cogita o art. 5ª3, 2º parte, é pretensão de direito material, que o Código Civil classificou, claramente, como possessória, repelindo outras correntes doutrinárias; e nada tinha de dizer dela o Código de Processo Civil: o que precisava dizer-se fora dito, na lei adequada: a pretensão do possuidor (pretensão de direito material) não perde, precluída a pretensão processual sumária, o caráter possessório. Tanto no direito brasileiro quanto nos outros, acima referidos, o prazo é preclusivo, e não prescricional. Enquanto, porém, no direito brasileiro, é relativo à pretensão processual de rito especial, — nos outros atinge a pretensão de direito material.

5. *Exceções.* Não há pensar-se em prescrição da exceção; há pensar-se em extinção da exceção. A teoria de A. Thon (prescritibilidade geral das exceções) ainda encontrou adepto em L. Kuhlenbeck *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 130) logo repelida pelos doutrinadores e intérpretes do Código Civil alemão (H. Dernburg, *Die allgemeinen Lehren,* 536 s.) E. Landsberg, *Das Recht des BGB.,* 265 e 271 s.) H. Leonhard, *Der Aligerneine Teil,* 231). Mas ainda continuou a influência de B. Windscheid, com a sua distinção *(eg.,* Konrad Cosack, *Lehrbucl-z,* 1, 255; IS. Kipp, em E. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, W ed., 505; G. Liebe, *Das Bi2rgerlíche Recht,* 1, 170), de que falaremos adiante.

Ora, a exceção fica, depois que se completam os seus pressupostos, como a espera de que se venha com a pretensão; não é só in *abtracto* que ela já existe (H. Berent, *Die Vernichtung der sogen. Konkurrierenden Einreden,* 6; sem razão, Otto Hoffmann, *Die Verjàl-irung der Einreden,* 21). Se ela existe, ou coexistiu com a prescrição, ou só surgiu depois da prescrição da pretensão; de qualquer modo, persiste, segundo os princípios que a regem, e não são os da prescrição das pretensões ou ações. Se só algumas exceções dilatórias se extinguem com a prescrição da pretensão, e nenhuma das peremptórias, toda discussão sobre prescritibilidade das exceções é, no fundo, ociosa.

A velha doutrina entendia que só a propósito de duas exceçóes não se poderia discutir a imprescritibilidade,

— a *exceptio pacti de non petendo* e a *exceptio rei iudicatae* (H. Donelo, *Commentarii de Jure civili,* 13, 369

s.) K. A. D. Unterholzner, *Veriãhrungsíehre,* II, 22). Mas havia os que iam além e consideraram imprescritíveis as exceções, quaisquer: somente haveria prescrição de *actiones* (A. E. J. Thibaut, *Uber Besitz und Verjàhrung,* 150 s.) A. D. Weber, *Beitrâge,* 6 s.). Quando àexceção correspondia ação *(acuo empti, exceptio* non *adimpleti controctus, actio de dolo, exceptio do li),* a discussão encapelavase. Seria inútil enumerarem-se as divergências *(e.g.,* "prescrita a ação, prescrita a exceção", W. A. Lauterbach, *Coliegium Pandectarum theoretico-practicum Studio,* III, ao D., 4ª, 1, §17; E. W. Pfeiffer, *Praktische Ausfúhrungen* III, 73 s., J. E J. Sommer, *RechtswissenschaÍtũche Abhandlungen,* 1, 1 s.) J. G. Kierulff, *Theorie,* 210 s.) "são imprescritíveis as exceções", H. Donelo, *Comrnentarii,* 13, 369 s., A. D. Weber, *Beitrôge,* 6 s., A. E J.

Thibaut, *Uber Besitz* und *Verjàhrung,* II, 150 s., E Savigny, *System,* V, § 253, 417 s., F. Regelsberger, *Pandekten,* 1, 668 s., E. Landsberg, *Das* Recht *des BGB.,* 1, 265 e 271 s.) "todas as exceções prescrevem", H.

Thon, Die rechtsverfolgende Einrede, *Jahrbúcher fúr die Dogmatik,* 28, 72 s., *Rechtsnorm und subjektives* Recht, 272, L. Kuhlenbeck, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 130; soluções intercalares, em F. L. v. Keller, *Pandekten,* 1, 182, para quem prescreve a exceção se a relação jurídica deve acabar antes, G. Wildhagen, Uber die Veijährung der Einreden, *Jahrbúcher fOr die Dogma tik,* 21, 72 s., que invocava o *Doli facit, qui petit, quod redditurus est,* cf. K. A. D. Unterholzner, Verjáhrungslehre, II, 22 s., A. Brinz, *Lehrbuch,* 1, 2º

ed., 398, e B. Windscheid, Lehrbuch, 1, 8º ed., 500 s., 9º ed., 576 s., que só admitiram prescrição das exceções concorrentes).

O fato da concorrência ou não-concorrência da pretensão com a exceção somente poderia ser relevante se a concorrência implicasse dependência da exceção à pretensão. Se bem que os afirmadores da prescritibilidade daquela, quando essa prescreve, tenham partido da premissa da dependência, houve quem negasse a própria distinção *(e.g.,* R. Salmann, *Uber den Satz:* Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, 19 s.). Quanto às exceções fundadas em direito real, há opinião dominante no sentido de as ter por extintas (a maioria fala em prescritas, sem razão) se se extinguiu o direito real. Quanto às exceções concorrentes pessoais, a doutrina superada admitiu a prescrição em virtude da dependência. Quando surgiam as dificuldades, procuravam os juristas introduzir alguma distinção que as afastasse: *a)* efeito *fraco* e efeito *forte* da prescrição (E v. Savigny,

.*System,* 424; 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 8º ed., 500, 9º ecL, 576 s.) G.

l-lanausek, *Gutachten,* 321; H. Berent, *Die Vernichtung des soqen. Konkurrierenden Einreden,* 27 s.) E.

Riemann, *Die Verjâhrbarkeit der Einreden,* 19), o que foi atacado por G. Wildhagen (Uber die Verjàhrung der Einreden, *Jahrbúcher fOr die Doqmatik,* 21, 17 s.) e W. Abegg *(Die Verjáhrung der* Einreden, 68); *b)* diferença de finalidade da pretensão, o que permitiria extinguir-se o que é pessoal, e não o real, ou vice-versa; c) tratar-se de prescrição da pretensão, ou da ação, ou da "ação" (conceito processual), sendo que nas duas últimas espécies a exceção não prescreveria (J. Unger, *System,* li, 4º ed., 513), o que somente poderia ser aceito pelos que admitem prescrição que encubra a ação, ou a "ação", sem encobrir *toda* a pretensão; *d)* imprescritibilidade se persiste *obligatio naturalis* (E C. v. Savigny .*Svstem,* V, 374 sã, ponto que seria de relevância para o direito brasileiro (art. 970, *verbis* „obrigação natural").

Exceção é direito, encobre eficácia; pode extinguir-se, — não prescreve. Antes, § 635.

Capítulo V

Prescrição e Preclusão

§ 668. Preclusão

1.

Conceito. Preclui o que deixa de estar incluido no mundo jurídico. Preclusão é extinção de efeito, —

de efeito dos fatos jurídicos, de efeitos *jurídicos* (direito, pretensão, ação, exceção, "ação", em sentido de direito processual). Prescrição é encobrimento de eficácia, não extinção dela.

Tem-se dado largo uso à expressão *decadência,* em vez de preclusão. A

cada momento fala-se de prazo de decadência, para se nomear prazo de preclusão. O terminus technicus é prazo preclusivo, *Pràklusivfrist* (cf.

C. Reuter, Uber die Berechtiguflg *des Gegensatzes "Verjdhrurig* und *gesetzliche* Befristung", 4ª sj. O direito cai, não decai.

A pretensão prescreve pela inércia, pelo silêncio, durante o prazo, iure *silentium* (L. 3, C., de praescriptidfle XXX *vel XL annorum,* 7, 39; L. 1, C., *de communium rerum* alienotiofle, 4, 5ª: "diuturnum silentium"), por parte do credor, o "calar-se" do velho direito da obrigação alemã; sem que haja reconhecimento por parte do devedor. Nos prazos preclusivos, o que importa é o tempo mesmo, sem atinência ao credor ou ao devedor; escorre como tempo puro, sem ligação subjetiva, indiferente aos sujeitos ativo e passivo. Há dies supremus, o dia de morte do direito, da pretensão, da ação ou da exceção. A inércia do credor e a falta de reconhecimento pelo devedor permitem que o tempo corra, para a prescrição. O tempo corre, malgrado a atividade do credor e do devedor, para a preclusão: a única atividade que impede a fluência é o exercicio mesmo do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. Além disso, o prazo preclusivo pode ser independente do exercício: exerça-se, ou não se exerça o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, acaba no *dies suprem us.* Há prazos preclusivos que não se referem à existência presente do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção; e sim a algo de não-existente. Quanto a esses, A. Grawein *(Verjàhrung und gesetzliche Bel ristung,* 1, 54 s.) não os chamava prazos preclusivos, por lhe repugnar preclusão do não-ser

Se a técnica legislativa decide permitir a suspensão ou interrupção do prazo preclusivo, nada obsta a que o determine; mas é preciso que expressamente o diga, como a respeito dos dias feriados e das férias forenses.

Na dúvida, tem-se por insuspensivel e ininterruptivel; nenhuma regra jurídica sobre prescrição se entende, *per analogiam,* abranger os prazos preclusivos.

2.

Eficácia preclusional e eficácia prescricional. A diferença de eficácia entre a prescrição e a preclusão é radical. A pretensão prescrita pode

ser encoberta ou já está encoberta pela exceção; a pretensão preclusa deixou de existir. Prescrição gera exceção; preclusão gera defesa. Direito preclul, preclui pretensão, preclui ação, preclui exceção; só pretensões e ações prescrevem. Daí ser absurdo dizer-se que os efeitos são os mesmos *(e.g., 1ª* Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 5 de novembro de 1947, RF 131/506).

O direito, seja real ou pessoal, pode existir sem se exercer. Por isso, não prescreve. O que prescreve é a pretensão, ou a ação. Ao dono do imóvel podem estar encobertas todas as pretensões e continuar dono do imóvel, porque outrem não o adquiriu. O credor, cuja pretensão prescreveu, pode alegar compensação, nos termos que adiante estudaremos. A pretensão contra o ladrão não prescreve com a do titulo roubado. Por outro lado, a exceção de prescrição tem de ser oposta; se não no é, a pretensão ou a ação exercida está incólume. Muito diferente é o que ocorre se preclui o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção, o que bem se põe em relevo quando se consideram a extinção *non* utendo da servidão (art. 710, III; M. Biermer, *Frist und Verjàhrung, 6)* e a prescrição das pretensões do titular da servidão (arts. 177 e 179).

Com a extinção do usufruto, do uso e da habitação, em virtude da incidência do art. 739, VI (arts. 745 e 748), dá-se a contradição entre a situação jurídica material e o livro de registro de imóveis. Nasceu a pretensão à retificação, dirigida contra aquele que figura como titular do direito real. Ocorre o mesmo se a servidão se extingue pelo não-uso, durante dez anos (cf. Ph. Kud, *Die Verjãhrung dinglicher Ansprúche,* 43 s.), mas, aí, o direito brasileiro acertadamente não aludiu à prescrição.

3. *Citação e exercício.* Na aplicação do art. 219, §§ 1º-4º, do Código de Processo Civil, tem-se de levar em conta que o prazo preclusivo não se interrompe: ou o direito, ou a pretensão, ou a ação, se exerce dentro do prazo, e não há mais pensar-se em novo correr de prazo, ou não se exerce. O art. 220 da Lei nº 5.869, de 11

de janeiro de 1973 que mandou, respeito aos prazos preclusivos, observar-se o art. 219, §§ lº-4º, tem de ser entendido no sentido de incidir o art. 219, §§ lº-4º, somente, entende-se, *no que possa* referir-se aos prazos preclusivos.

§ 669. Prazos preclusivos

1.

Ação constitutiva negativa da modificação dos estatutos da fundação. Diz-se no art. 29 que a minoria vencida na modificação dos estatutos pode, dentro em um ano, promover-lhe a invalidade, em recurso ao juiz competente, salvo o direito de terceiro. Trata-se de ação de anulação, por não ter havido deliberação pela maioria absoluta dos competentes para gerir e ser órgão da fundação, ou por contrariar o fim fundacional, ou por ser eivado de invalidade sanável o ato de aprovação, ou por ter havido algum vício de vontade (erro, dolo, coação, ou simulação), ou por ter sido infringida alguma regra dos estatutos sobre reforma. Se o ato de aprovação foi nulo, ou inexistente, a ação competente é, respectivamente, a de nulidade, ou a declaratória negativa, que não prescreve, nem preclui. Se quem aprovou foi tribunal de última instância (cp. Código de Processo Civil, art. 1.201, § 1v), a ação a propor-se é a ação rescisória de sentença, por violação do art. 28

(Código de Processo Civil, art. 485, V), ou por outro fundamento, segundo o que o Código de 1973 estatui, e.g., no art. 485,11,1V e VII, no prazo de dois anos, porque a via recursal se pré-extinguiu. O prazo do art. 29

é preclusivo, como é o da ação rescisória de sentença.

2.

Preclusão da ação de resgate (art. 1.141). "Prescreve em três anos", diz o art. 178, § 8º, "a ação do vendedor para resgatar o imóvel vendido; contado o prazo da data da escritura, quando se não fixou no contrato prazo menor (art. 1.141)." Trata-se da ação oriunda do direito à retrovenda ou retrato. O art. 1.141

disse: "O prazo para o resgate, ou retrato, não passará de três anos, sob pena de se reputar não escrito; presumindo-se estipulado o máximo do tempo, quando as partes o não determinarem." O prazo preclusivo dos arts. 178, § 8º e 1.141 não se há de confundir com o prazo prescricional da ação do vendedor redimente contra o

comprador que não restitui o bem imóvel, — ação de restituição ou indenização, que prescreve em vinte anos.

O art. 1.141 diz que o prazo não passará de três anos; o art. 178, § 8º explicita que se conta da data da escritura. Não era assim no velho direito, que tomava como dia de início o da tradição, isto é, da transmissão da propriedade (Manuel de Almeida e Sousa, *Fascículo de Disserta* ções, 1, 287). A adoção da data da escritura como *terminus a quo* não é novidade. Contra os que entendiam ser a data de transmissão da propriedade e os para que somente se começa de contar o prazo da ofeda do preço (O. D. H.Beckmann, *Diss.*

de fundo emto sub pacto de retovendendo, 9), confundindo o prazo preclusivo do direito formativo gerador com a prescrição da obrigação nascida com a declaração, — havia os que o iniciavam com a data da escritura (e.g., no século XVIII, G. L. Mencken e P. Toullieu). Essa a solução do Código Civil.

3. *Ação revocatória, em falência.* No Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, mis. 53-58, trata-se da ação revocatória dos atos do devedor praticados antes da falência. No art. 56, § 1º diz-se que "a ação somente poderá ser proposta até 1 (um) ano, a contar da data da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo". O prazo não é prescricional, mas preclusivo. Discute-se se, sobrevindo concordata, que depois se rescinde (Decreto-Lei nº 7.661, arts. 150-155), suspende-se o curso. Respondeu J. X. Carvalho de Mendonça *(Tratado,* VI, Partes II e 111, 508) afirmativamente; mas levantou ele falsa questão. O aviso do art. 114 é publicado novamente (art. 15º), é outro aviso, e da sua publicação é que se conta o prazo preclusivo de um ano. O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 21 de agosto de 1927 *(RT* 23/267-269), deixou-se influenciar por parecer daquele jurista, e caiu no erro de afirmar que se dá, aí, suspensão da prescrição.

Desatenção aos textos.

4.

Prazo preclusivo da ação rescisória. Se bem que o Código Civil tivesse posto no art. 178, § 10, VIII, a ação rescisória, como se prescrevesse, tratava-se e trata-se, aí, de prazo preclusivo, hoje de dois anos (Código de 1973, art. 445), que extingue a pretensão constitutiva negativa,

rescisória, a propósito das sentenças já trânsitas em julgado.

Os velhos jurisconsultos muito discutiam o prazo de propositura das ações rescisórias, sendo de citar-se Baldo Degli Ubaldi, Bártolo de Saxoferrato, J. H. Bender e Cravet. Fizeram-se, depois, extinguíveis em trinta anos, sobrevindo leis especiais. B. Altimaro *(Tractatus,* 1, 8) já afirmava ser trintenal: "per viam actiones, durat triginta annis". Manuel Gonçalves da Silva esclareceu, no seu tempo, o direito português *(Commentaria,* III, 130): "Si per viam actionis agatur, potest dici de nuílitate usque ad triginta annos, quia tunc competit officium iudicis nobile, quod eatenus durat, quatenus durant reliquae actiones personales, videlicet triginta annis." O fato de não se poder, após o prazo, pleitear a rescisão da sentença éde extrema importância. Qualquer que haja sido o seu vício, nenhum remédio resta. Por isso, é imprescindível saber-se quais são as sentenças rescindíveis e quais as que o não são. No direito anterior ao Código Civil (Supremo Tribunal Federal, 21 de setembro de 1912), o texto de Manuel Gonçalves da Silva foi~" direito". Exemplo eloqUente de direito fora da lei. Era a *comrnunis opin ia.* Lá se fora o "em todo tempo" da Ordenação! Se o direito só fosse o texto legal, melhor exemplo não teríamos de violação do -direito.

a) O Código Civil, art. 178, § 10, VIII, fixara-o em cinco anos, em vez de vinte. Restava saber se o prazo era de *prescrição* e, pois, suscetível de interrupção e suspensão, ou *preclusivo,* e, assim, como tais prazos, *de ordinário,* indefectivelmente contínuo. A questão só assumia aspecto assaz interessante, porque se metera no direito material o que concerne essencialmente a instituto de direito processual. A desatenção de Rui Barbosa continuou a causar dúvidas e dificuldades. Foi providencial que o Código de Processo Civil, art. 445, tenha incluído no seu texto esse preceito, pois que nele é que devia e deve estar Nem se compreenderia que se dessem os pressupostos de uma pretensão, de uma ação, e se lhe esquecesse o prazo extintivo. Como havia ficado, antes do Código de 1973, tínhamos a pretensão e a ação no Código de Processo Civil, e estava certo; e o prazo da preclusão da pretensão no Código Civil. A feitura das leis envolve responsabilidade enormes.

No Código Civil, art. 178, introduziram-se nos tempos de prescrição vários prazos preclusivos, de que são exemplos os do mesmo artigo, §§ 1º 2º, 3º, 4º, *1,* 5º, IV, e 9º, VI. Nada obstaria, portanto, a que se reputasse preclusivo, e não prescricional, o do art. 178, § 10, VIII.

Examinemos as duas interpretações possíveis: 1) Hipótese do prazo de prescrição: interromper-se-ia pela citação pessoal, ordenada por juiz incompetente (propositura da ação em juízo que não pudesse conhecer da rescisória); e pelo protesto, com os mesmos requisitos; e suspender-se-ia: entre cônjuges; entre incapazes e o titular do pátrio poder, tutor e curador; se contra os absolutamente incapazes, ou contra os ausentes do Brasil em serviço público, ou contra os que se acharem servindo nas forças armadas em tempo de guerra (arts. 172, 168 e 169 do Código Civil). II) Hipótese do prazo preclusivo: ter-se-ia de atender ao *tem pus* contin *uum;* correria contra os absolutamente incapazes, bem como contra as outras pessoas designadas no art. 169,11 e III, do Código Civil, e *entre* as pessoas designadas no Código Civil, art. 168.

As diferenças são, teórica e praticamente, importantes. Se A, na hipótese de ser prescricional o prazo, tivesse contra B ação rescisória a propor, desde três anos passados, e com B se casou, deixaria de correr e somente após a separação judicial se retomaria o curso (o Código Civil fala em "na constância do matrimônio", mas deve-se entender da "sociedade conjugal"). Se B tem ação rescisória contra C, que passa a ser, antes de expirar o prazo, seu curador, deixará de correr desde o dia da entrada em exercício. D herda de B ação rescisória contra o seu pai, titular do pátrio poder:

o prazo não correria, enquanto não se suplementasse, ou não atingisse a maioridade, ou não perdesse o pátrio poder o pai. Tudo isso é muito grave, porque se não conservou a restituição fundada nos *iura* minorum e casos semelhantes. Na hipótese de prazo preclusivo, nada disso se dá: o tempo escoa-se, sem que causas interruptivas e suspensivas possam atuar.

Se o Código Civil houvesse respeitado o caráter de instituto de direito processual, portanto público, que tem a rescisão das sentenças, nenhuma dificuldade teríamos, e fora de responder-se ser preclusivo o prazo, dispensando-se argumentações. Dado o incidente do art. 178, § 10, VIII, devemos procurar saber até que ponto a preclusividade normal do prazo relativo à ação rescisória resiste à vizinhança dos prazos prescritivos.

Outros, evidentemente, resistiram, conforme acima se disse.

A favor da prescrição poder-se-ia alegar o seguinte: trata-se, na espécie, de ação pessoal, segundo a velha concepção dos jurisconsultos portugueses, aliás de influxo canônico. A favor da preclusão, não se

trata, na ação rescisória, de proteção a direitos subjetivos, mas de fatos de interesse público, — a "causa" para se retomar a prestação jurisdicional. O objeto, e não o sujeito, está em foco. Os partidários da primeira opinião podem aduzir que se trata de ação, ao que os outros responderão que à prescritibilidade não basta tratar-se de ação; por trás e à base dos prazos preclusivos, por vezes se acham ações. Demais, estamos no terreno do direito processual, onde mais função tem a preclusão que a prescrição. Cumpre examinar-se o prazo em si mesmo. Certamente, não se pode firmar a distinção entre prescrição e prazo preclusivo na insuspensibilidade ou ininterruptibilidade desse, como ainda pretendia A. Grawein *(Verjdhrung und gesetzliche Befristung,* 93, cp. M. Biermer, *Frist und Verjàhrung,* 19); mas é claro que os prazos preclusivos escapam, na maioria dos casos, aos arts. 168-176 do Código Civil. Houve quem entendesse ter-se prazo de prescrição onde se suspende, e de preclusão onde não se suspende; porém o critério é, igualmente, *petitio principii.* Outros sustentam conhecer-se o prazo preclusivo pela não-interrupção no caso de haver conhecimento do devedor (Christian Weiss, *Verjàhrung und gesetzliche Befristung,* 69, 72). Tudo isso, hoje, não é de admitir-se: há prazos preclusivos suscetíveis de suspensão, como para abatimento no preço, ou perdas e danos, no caso de disposição contrária do contrato, ou no caso do *art.* 170, II, do Código Civil (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 30º~43º ed., I,5ª3).

A prescrição é mais fato, com efeitos jurídicos, ao passo que o prazo preclusivo é mais determinação temporal. Esse atende mais ao „pedaço de tempo em si, para que não se deixe em aberto a questão, ou ao exercicio do direito indispensável à sua existência, como acontece com a alegação de defloramento da mulher por parte de outrem que o marido, com os vicios redibitórios e com os prazos para impugnação da legitimidade. A prescrição leva mais em conta o que se passa dentro de tal tempo (quase assim, Ottmar Rutz, *Die gesetzliche Befristung,* 1; Die Wesensverschiedenheit von Verjãhrung und gesetzlicher Befristung, *Archiu JLir die ciuilistische Praxis,* 101, 439). Na preclusão, mais se considera o objeto; na prescrição, mais o sujeito. A pretensão à cobrança prescreve; a rescindibilidade por vicio redibitório preclui. A prescrição concerne à pretensão; o prazo preclusivo quase sempre alcança ao direito. Note-se que o Código Civil, art.

178, se bem que fale de "ação" a propósito de prazos preclusivos, pela única vez, no § 10, VIII, havia falado em "direito" tal qual o faz o Código de 1973 art. 4ª5: "o direito de propor ação rescisória". Tudo mostra que o prazo para a rescisória é preclusivo.

Após as nossas argumentações sobre se tratar de prazo preclusivo, reconheceu-o o Supremo Tribunal Federal, a 17 de abril (2º Turma, *Ai* 62/337) e a 12 de setembro de 1942 (1º Turma, *Di* de 15 de abril de 1943).

Naturalmente, havemos de comparar os fatos, semelhantes, da preclusão para o mandado de segurança e para os embargos de terceiro e do devedor

Se, por acaso, sobrevém pátrio poder, tutela, ou curatela, nos casos em que a ação devia ser proposta pelo incapaz, e não no foi (art. 169, 1), responde por perdas e danos o representante do incapaz. Se o representante, ou pessoa que devia assistir, seria o próprio réu da ação rescisória, casos em que se infringiu o art. 387 ou o art. 413,11 (art. 453), do Código Civil, a mesma ação cabe. Se o interesse do pai, tutor ou curador sobrevém, é caso da nomeação do art. 387, ou da remoção do tutor ou curador. São princípios que se põem, com todo relevo, pelo fato de ser preclusivo o prazo.

Se a rescisão se funda em pressuposto objetivo concernente a pressuposto subjetivo da ação cuja sentença se pretende rescindir, o prazo para a propositura começa a contar-se da data em que transita em julgamento a sentença. Tal é o caso das decisões rescindíveis por incompetência do juízo ou vício quanto à parte. Tal fo rça formal supóe ciência. Outrossim, se o pedido concerne à violação do direito (ius *constitutum),* ou se se refere à falsa prova.

Tratando-se de invocação do pressuposto objetivo da falsa prova, o biênio principia com a passagem em coisa julgada, e não com a obtenção dos elementos informativos e probatórios da falsidade. Salvo se a decisão em processo criminal de falsidade foi posterior à preclusa (adiante, *in une,* e §§ 716 e 722, nº 3).

Temos ai um dos pontos mais delicados da matéria da rescisão.

b)

~Quando começa a coisa julgada? Só a lei processual pode responder: desde que da sentença não cabe, ou *já* não cabe qualquer recurso ordinário ou extraordinário. Para a ação rescisória, alguns sistemas de processo adotaram, como o italiano, a data da intimação como dia *a quo* do termo para o remédio processual.

Não existe, todavia, princípio *a priori.* Desde que o acórdão rescindendo anulou o processo por impropriedade do remédio jurídico proposto e se alegam preclusão do prazo bienal para a propositura da ação rescisória e prescrição da ação que fora proposta, cumpre separar, com precisão, o *juízo rescindente* e o *juízo rescisório.* Decidido que a preliminar levantada no juízo rescindente não procede e o tribunal a despreza, passa-se, então, ao mérito do juizo rescindente. No mérito do juízo rescindente éque se discute se o acórdão deve ser rescindido. Respondido que não, *toflitur quaes tio.* Respondido que sim, passa-se ao juízo rescisório.

Aí é que se pode argUir a prescrição da ação que foi proposta e que teria de ser julgada. (Inversão injustificável, por confusão entre juízo rescindente e juízo rescisório, deu-se no acórdão da antiga Corte de Apelação do Distrito Federal, em sessão plena, a 24 de julho de 1935, posto que se possa entender que tal decisão, na Ação rescisória nº 124, julgou procedente o pedido no *iudicium rescindens* e improcedente no juízo rescisório.)

A regra *Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum perpetua sunt* não concerne, hoje, à rescisória.

Só temos a ação; não temos a exceção. E é bem que assim seja. ~Por que havia de ser perpétuo o que se quer que se peça no biênio? G. C. Burchardi *(Die Lehre der Wiedereinzetzung,* 4ª6; sobre o direito romano e a observação de O. C. Burchardi, ver Marco Vital Levi, *De Restitutione in integrurn,* 118) desenvolveu as razões para que os nossos tempos repelissem, ai, o falso princípio romano. ~Quem proporia a ação, se tivesse a exceção? ~Que significaria o remédio, com as suas garantias e cautelas, se mais fácil fosse a via da exceção? O elemento canônico atuou no instituto. A *acho de nuilitate vel querela nuilitatis,* ação pessoal, passou a prescrever em trinta ou quarenta anos. A noção da *sonatio* interveio: “Sanatio autem intelligebatur, si assensa adversarii vel tractu temporis vel allis rebus supervenientibus ius infirmum convalescebat.” Se a nulidade, ipso *ivre,* teve, *em parte* (Código do Processo Civil, art. 486 e 741, 1), esse tratamento, não se entenderia a perpetuidade da pretensão à rescisão.

Mais: exceção não é pretensão. O seu caráter defensivo, em contraposição à pretensão, ou à ação, não permite à ciência moderna que se incida em erros de tê-la como contrapretensão, contra-ação. (Ainda nisso incidiram Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 255, sem argumentação que convença, e W. Abegg, *Die Verjâhrung der Einreden*

nach rõrnischeni, gemeinem und búrqerlichem Recht, 66.) A pretensão e a ação definem-se por certa agressividade (Otto Hoffmann, *Die Verjàhrung der Einreden,* 66). A ação rescisória, por exemplo, *ataca o julgado.* Se pudessem ser alegados, em exceção, os pressupostos objetivos da rescisão, teriamos a exceção agressiva, a ação dentro da exceção, a ação dissimulada em exceção. Ora, se há exceções inatingiveis, preclusivamente (entende-se), pela prescrição (as verdadeiras exceções), não se dá o mesmo com as exceções concorrentes, como seria o caso, e a exceção correspondente à rescisão, se hoje existisse, cairia com a prescrição da ação. *Tant dure l"action, tant dure l"exception.* Não se pode dizer que prescreva, ou preclua: extingue-se. A presalção da pretensão acarreta-lhe a encobribilidade (P. Langheineken, *Anspruch urid* Em *rede,* 183, 287; M. Flegel, *Der Begriff der Einrede* im *BGB.,* 48; Kurt Geier, *Der Begriff der Em rede,* 25 e 26); do outro lado, nasce a exceção, que é a da prescrição (Otto Hoffmann, *Die Verjóhrung,* 28).

As interrupções e suspensões, que concernem à prescrição, não se aplicam à exceção (P. Langheineken, *Anspruch,* 287; R. Leonhard, *Der Aligerneine Temi,* 231), o que bem prova não prescrever com a ação: extingue-se. (Sem razão o parecer de R. Salmann, *Uber den Satz* Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua, 19 s., que sustenta a *prescrição* das exceções concorrentes.) Sobre as exceções puras nenhum influxo tem a prescrição, bem assim sobre as exceções concorrentes reais; as concorrentes pessoais extinguem-se com a prescrição da pretensão ou direito com que concorrem; as autônomas verdadeiramente não constituem classe àparte (cf. Otto Hoffmann, *Die Verjãhrung,* 3ª; cp. H. Berent, *Die Vernichtung der sogen. konkurrierenden Einreden,* 72 s.).

Alguns julgados admitiram que o prazo da ação rescisória de sentença fosse prescricional, e não preclusivo, *eg,* Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de julho de 1939 *(RT* 124/696; *AJ* 51/356); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 13 de dezembro de 1948, *i* 31/46); ambigua, a 4ªCâmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de setembro de 1943 *(RT* 147/191). Mas prevaleceu a qualificação verdadeira (1º

Turma do Supremo Tribunal Federal, 6 de outubro de 1947, *J* 30/191; 8 de novembro de 194ª, RF 129/85; 2º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de julho de 1939, *RT* 125/181, *Ad* 54/57; Câmaras Civis Conjuntas, 14 de novembro de 1941, *RT* 142/656; Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de agosto

de 1942, 149/619; Câmaras Civis Conjuntas, 30 de agosto de 1946, 164/395; Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de outubro de 1946 e 24 de setembro de 1947, 165/ 366, e 171/330; Tribunal de Apelação do Ceará, 28 de fevereiro e 13 de março de 1944 *RJD,* 1,1944, 279 e 292; Tribunal de Apelação de Pernambuco, 10 de outubro de 1944, *AF* 15/197; Corte de Apelação de Alagoas, 4 de março de 1937, *RF* 131/ 212; Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 28 de dezembro de 1945, *J* 28/44). Exercida no prazo a pretensão à rescisão da sentença, não há cogitar-se de nova preclusão, — nem há prescrição: a relação jurídica processual está criada e só se extingue por uma das causas de extinção da relação jurídica processual. Se alguma sentença autorizou, contra a lei, cancelamento de cláusula de inalienabilidade, há infração da lei e o remédio contra a sentença é a ação rescisória, que preclula em cinco anos (art. 178, § 10, VIII; 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de setembro de 1945, *RT* 154/237), hoje, sob o Código de 1973, art. 495, em dois anos; somente após isso é que se pede a reivindicação do imóvel, salvo se foi incluído o pedido de reivindicação no juízo rescisório, caso em que se defere o pedido de mandado *de euacuando.*

Falando, acima, da preclusão da ação rescisória, cujo prazo se inicia com o trânsito em julgado da sentença rescindenda (Código de 1973, ari. 495, in f *ine),* aludimos à falsidade da prova (Código de Processo Civil, art.

485, VI: "se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal"). A sentença criminal que declara falsa a prova pode ocorrer dentro do prazo para preclusão da ação rescisória ou depois. Entenda-se por "ocorrer" o transitar em julgado. Se transita em julgado dentro do prazo, é de discutir-se (o) se só se inicia a contagem desde que passou em julgado a sentença criminal, ou *(b)* se continua de correr o prazo bienal. Se posterior, a questão *(c)* cifra-se em se saber se se abre novo prazo. Se há afirmativa quanto (a), *(c)* está resolvido; se *(b),* tem-se, ainda, de discutir *(c).* A opinião verdadeira (a) e, pois, *(c),* mas havemos de discuti-lo, mais de espaço, a seu nnpo (§§ 716 e 722, 3).

5. *Código Comercial, art.* 109. É de preclusão a regra jurídica do artigo do Código Comercial: "Não terá lugar reclamação alguma por diminuição ou avaria dos gêneros transportados, depois de se á passado recibo da sua entrega sem declaração de diminuição dii avaria." Idem, a do art. 512: "Na volta da embarcação ao porto saiu,

ou naquele onde largar o seu comando, é o capitão a apresentar a matrícula original na repartição encarregada da matrícula dos navios, dentro de 24 (vinte e quatro) horas dépois que der fundo, e a fazer as mesmas declarações orno artigo precedente. Passados 8 (oito) dias depois do tido tempo, prescreve qualquer ação de procedimento, que póssa ter lugar contra o capitão por faltas por ele cometidas na matrícula durante a viagem. O capitão que não apresentar todos os individuos matriculados, ou não fizer constar devidamente a razão da falta, será multado, pela autoridade encarregada da matricula dos navios, em cem mil-réis por cada pessoa que apresentar de menos, com recurso para o Tribunal do Comércio competente." A do art. 597

também é de preclusão: "O capitão não pode reter a bordo os efeitos da carga a titulo de segurança do frete; mas tem direito de exigir dos donos ou consignatários, no ato da entrega da carga, que depositem ou afiancem a importância do frete, avarias grossas e despesas a seu cargo; e na falta de pronto pagamento, depósito, ou fiança, poderá requerer embargo pelos fretes, avarias e despesas sobre as mercadorias da carga, enquanto estas se acharem em poder dos donos ou consignatários, ou estejam fora das estações públicas ou dentro delas; e mesmo para requerer a sua venda imediata, se forem de fácil deterioração, ou de guarda arriscada ou dispendiosa." Também é de preclusão a regra jurídica do art. 618: "Havendo presunção de que as fazendas foram danificadas, roubadas ou diminuídas, o capitão é obrigado, e o consignatário e quaisquer outros interessados têm direito a requerer que sejam judicialmente visitadas e examinadas, e os danos estimados a bordo antes da descarga, ou dentro de 24 (vinte e quatro) horas depois; e ainda que este procedimento seja requerido pelo capitão não prejudicará os seus meios de defesa. Se as fazendas forem entregues sem o referido exame, os consignatários têm direito de fazer proceder a exame judicial no preciso termo de 48

(quarenta e oito) horas depois da descarga; e passado este prazo não haverá mais lugar a reclamação alguma.

Todavia, não sendo a avaria ou diminuição visível por fora, o exame judicial poderá validamente fazer-se dentro de 10 (dez) dias depois que as fazendas passarem às mãos dos consignatários nos termos do art. 211." O prazo preclusivo supóe que, após ele, não exista o direito, a pretensão, ou a ação, ou a exceção. Daí falar-se em temporalidade do que preclui (Chr. Weiss, *Verjàhrung und* gesetzliche Befristung, 28). O tempo corre sem que o perturbe o reconhecimento pelo sujeito passivo (cf. C. Reuter, *Uber di e Berechtigung des Gegensotzes "Verjãhrung* und *gesetzliche Bel ristun g",* 42 s.).

Capítulo VI

Pretensões, Início e Curso da Prescrição

§ 670. Pretensões natae e pretensões nondum natae

1.

Distinção à base *da inércia do titular.* Se a pretensão ainda não nasceu, mas poderia já ter nascido, distinguem-se as espécies em que estava in potestate do futuro titular nascerem, e as em que dele não dependia o nascimento. Quanto àquelas é que se enuncia a regra *Toties praescribitur* actioni *nondurn* natae, *quoties nativitas ei us est in potestate creditoris.*

Nenhuma das espécies do art. 170 é de suspensão da prescrição. A pretensão ou a ação *ainda* não nasceu.

Espera-se que nasça, para se iniciar a prescrição. O erro de conceito ressalta: não se suspende prazo que ainda não poderia começar.

O prazo da prescrição começa de correr desde que nasce a pretensão. Assim, se há termo inicial, ou condição, não se pode pensar em curso do prazo; o art. 170, 1, II e 111, é apenas enunciado relativo ao conceito de prescrição: "1 - Pendendo condição suspensiva. II - Não estando vencido o prazo. III - Pendendo ação de evicção." Se alguém procede de modo a ferir a pretensão real de outrem, contra esse titular começa de correr o prazo. Se o ato, positivo ou negativo, não é compatível com o direito real, basta isso para que o prazo comece de correr. A pretensão para reivindicação da coisa nasce com a posse por outrem; e o prazo prescricional inicia-se. Se a pretensão é à abstenção unitária (omissão permanente), o ato positivo fere-a, e a prescrição é quanto a toda a pretensão (pretensão de abstenção unitária); mas a pretensão persiste, se cessou a violação, devendo-se levar em conta os

atos posteriores de infração da obrigação de omitir. Se a pretensão éa que não se pratique, a certo momento, o ato, que é *repetível,* de modo que a omissão só se refere a atos esparsos, cada ato éviolação nova: a cada fato, em que o ato teria de ser omitido, corresponde uma pretensão, que tem o seu início de prazo prescricional; prescrita uma pretensão, pode nascer outra, que terá o seu tempo para exercício (G. Planck, Komnientar, 1, 590; A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* III, 512, nota 39; A-Stephan, Die *ijnterlassungsklage,* 110 sã. Assim, contra quem foi ofendido, quanto à restituição, corre prescrição da pretensão à indenização por esse ato lesivo da pretensão à restituição, se ainda não foi restituido ao estado em que se achava; se o foi, continua de correr a prescrição da ação de indenização, mas a cada outra violação se inicia nova prescrição da ação de indenização e da pretensao a restituição. O funcionário público que tem direito a ser promovido, e não no foi, tem prazo para propor a sua ação, inclusive mandado de segurança, porém, quando se der nova vaga e não for promovido, outra pretensão lhe nascerá a que corresponderá novo prazo a iniciar-se.

2.

Impugnação, denúncia e reclamação, anulação. As pretensões que se adquirem mediante exercicio de direito de impugnação, denúncia ou reclamação, começam de prescrever desde o momento em que a impugnação, denúncia ou reclamação é admissível, sem se indagar de quando o que poderia impugnar, ou reclamar, conhecia, ou não, o direito de fazê-lo. Dá-se o mesmo em caso de anulabilidade. Todavia, se a pretensão teria nascido no intervalo, atende-se a esse momento. Se A, que firmou contrato anulável com B, entregou a B a coisa móvel, a ação de reivindicação supõe-se nascida na data da entrega da coisa, embora sobrevenha a decretação da anulação. Se alguém recebeu herança, ou legado, em virtude de testamento, que foi anulado, o prazo de prescrição da ação reivindicatória é contado desde que o herdeiro testamentário, ou o legatário recebeu a herança, ou o legado, e não desde a data da morte do decujo. Se A obtém a anulação do contrato com B, a ação de B para haver de A o que prestou, em virtude do contrato, também começa de prescrever desde o momento da prestação (W. Kluckhohn, Eine notwendige Ergãnzung zu § 200 des EGE., Archiu fúr *Búrgerliches Recht,* 36, 71 s., que, aliás, desnecessariamente, recorre à eqoidade; G. Planck, *Kornmentar,* 1, 5ª2).

3.

Princípio da exercibilidade da pretensão. Há outras espécies em que O exercício, e não o nascimento da pretensão, depende da vontade do credor. Rege o *princípio da exercibilidade da pretensão:* se depende, não o nascimento da pretensão, mas só o exercício (pretensão que só se pode exercer depois, ou após algum fato ou ato), é da exercibilidade que se conta o prazo. Como, de regra, exercibilidade e pretensão nascem juntas, nada obsta a que se enuncie o princípio da coincidência do começo do prazo com o nascimento da pretensão. Se ao credor é que cabe fazer nascer a pretensão, desde o momento em que o pode se inicia o prazo prescricional: *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris.*

Se ocorre anulação da transação, nenhuma pretensão nasce daí; de modo que o inicio da prescrição é ao tempo em que nasceu a pretensão, ou a ação (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 358; cf. E. Goldmann-H.

Lilienthal, Das *Borgerliche Gesetzbuch,* 1, 248, nota 3; sem razão, P. Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 617). Se o direito, a pretensão, ou a ação, ou exceção precluiu, ou se ocorreu alguma prescrição, tudo se passa, segundo os princípios, como se a transação e a decretação da anulação não houvessem existido.

Nas obrigações alternativas (arts. 884-888), se a escolha toca ao credor, o início do prazo prescricional é ao ser possível exercer a eleição, — não escolheu porque não quis, e da sua inércia não lhe há de provir vantagem. A solução subsume-se em principio mais geral, *Toties praescribitur actioni nondurn natae, quoties nativitas eius est in potestate creditoris.* Se A recebeu documento em branco, com a data de 1, e o enche a 6, o prazo de prescrição iniciou-se a 1, quando o poderia ter enchido.

Se há condição potestativa *permitida* (art. 115, in Jine), o direito é expectativo; não há o direito atual, nem pretensão. Por isso, não há pensar-se em prescrição de pretensão *nondum nata*

(1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de maio de 1942, *RT* 139/116).

Nos contratos cotalícios de honorários, em que a percentagem há de ser paga afinal, a pretensão somente nasce quando se procede à liquidação. Não há, ai, condição suspensiva; há direito e, ao ser feita a liquidação, pretensão. Não se começa a contar o prazo antes de nascer a pretensão; a invocação do art. 170, 1, éheterotópica (sem razão, em sua generalidade, a 3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de janeiro de 1954, RT 157/679). Os contratos cotalícios são os contratos parciários, em que alguém promete a outrem cedas prestações em troca de quota nos lucros, que a outra pessoa tem por fito (e.g., parceria agrícola ou rural, *colonia partiaria,* serviços de advocacia por quota na causa, se vence o autor, ou o réu, com quem se faz o contrato, percentagem nos lucros da edição). Não há qualquer condição na construção do contrato parciário, inclusive no contrato de advocacia ainda se foi dito "se ganhar", porque, ai, *ganhar* é requisito indispensável à produção de lucros: é melhor dizer-se "terá o advogado dez por cento no que se liquidar" do que dizer-se "terá dez por cento do liquidado, se ganhar" ("terá dez por cento dos frutos" diz melhor que "terá dez por cento dos frutos, se houver frutos"). O direito não é expectativo: é atual, — a pretensão ainda não nasceu. O advogado que desejasse fazer direito expectativo o seu teria de inserir: "não tem qualquer direito o advogado se, sem ganho de causa, o autor (ou réu — reconvinte) algo obtiver em acordo, ou transação". Por isso mesmo, na dúvida, "se ganhar" não é condição, porque se entende "no que se liquidar". Havendo transação, o advogado recebe, o que não se daria se o "se ganhar" fosse em sentido estrito (= obter sentença favorável) e condição suspensiva.

4.

Resolução e rescisão. Muito diferente é o que se passa quanto ao direito de resolução (art. 1.092, parágrafo único), ainda que só resulte de cláusula contratual; porque, aí, o começo do prazo prescricional é na data do exercício do direito de resolução, por meio de ação em juízo, ou por outro ato (A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* III, 518 s.). Idem, em caso de revogação de doação (arts. 1.181-1.187), porque só se inicia com a propositura da ação; de venda e compra com pacto de retrovenda (arts. 1.14ª-1.143), ou direito de opção. Quanto às pretensões que nascem de condição potestativa do credor, dá-se o mesmo. Se o negócio juridico depende de aprovação integrativa, as pretensões começam de prescrever à data da aprovação; se não há prazo para a aprovação, desde que seria possível ao titular da pretensão n *ondum nata.*

As pretensões que nascem das rescisões começam de prescrever desde que se exerce o direito de pedir rescisão. Se esse preclul, ou se a pretensão à rescisão prescreve, não há pensar-se em pretensão nascida da rescisão; porque rescisão não houve. A diferença entre o momento em que se há de iniciar o prazo prescricional das pretensões nascidas das denúncias, das anulações e das reclamações, e o momento em que se há de iniciar o prazo prescricional das pretensões nascidas com as rescisões mostra quão relevante é a distinção entre aqueles conceitos, notadamente o de anulabilidade e o de rescisão. A pretensão nascida da rescisão somente começa de correr desde que se exerce o direito de rescindir, com as possíveis interrupções subsequentes. A respeito, é preciso ter-se toda atenção a certos erros terminológicos das leis *(e.g.,* no art.

1.030, trata-se de anulação, e não de rescisão, de modo que se há de raciocinar com aquele conceito, e não com esse).

Quando se propõe ação rescisória, começa de correr a prescrição (suspensível e interrompível) quanto às pretensões que exsurgiráo, ex. *tunc,* com a sentença de rescisão. Todavia, tratando-se de móveis, a usucapião pode ter-se operado, devido à boa-fé (art. 618). Tratando-se de imóveis, ou o terceiro adquiriu pelo registro (art. 530, 1), ou não adquiriu pelo registro, e à rescisão da sentença, que diga com o titulo, nasce a pretensão de reivindicação, e com o nascimento dessa pretensão se inicia a prescrição da ação real.

5. *Evicção.* A pretensão de indenização por evicção da coisa (arts.1.107-1.117) começa

de

prescrever

desde que se dá a evicção (não do contrato de alienação, como queria A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* III, 518, nota 75): ainda se, na evicção parcial, opta o evicto pela restituição da parte do preço (art. 1.114), porque, conforme mostrou ,J. Kohler, (Zwólf Studien, Archiv Júr *Etirgerliches Recht,* 30, 181), a restituição da coisa não é, de modo nenhum, pressuposto da pretensão de indenização.

O

adquirente, que f rui a situação jurídica que obteve, não tem qualquer pretensão oriunda da evicção; se essa ocorre, é que lhe nasce a pretensão, que então começa de correr (1º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de agosto de 1942, RT 159/666; 3ª Câmara, 12 de abril de 1944, 150/635; 2º

Grupo, 16 de maio de 1945, 157/682: "Só depois de ganha a demanda pelo terceiro é que o comprador evicto tem ação contra o vendedor para obrigá-lo a responder pela evicção").

O adquirente a que foi tirada a coisa, por sentença trânsita em julgado, ou de execução provisional, tem a ação de evicção contra o que lha prestou (arts. 1.107-1.117). O Código Civil, art. 170, III, diz que, pendendo ação de evicção, não corre a prescrição. Clóvis Bevilacqua *(Código Civil comentado,* 1, 443) escreveu: "A última exceção considerada no artigo quer dizer que o comprador de uma coisa não pode invocar a prescrição em seu favor, se terceiro propuser ação de evicção, e enquanto esta não for julgada." Já no Projeto primitivo, art. 192, 5º, dissera: "contra a ação resultante da evicção, enquanto esta se não verificar". Portanto, durante a ação de reivindicação, ou outra, de eficácia executiva, que o terceiro proponha, se do cumprimento da senten-

ça *resulta* a evicção. Não é de modo nenhum ação de evicção; éação do terceiro de cuja eficácia executiva pode resultar, para o adquirente, em sendo julgada procedente, evicção. Trabalhou-se com os termos, sem se pensar seriamente no que se havia de escrever; e foi o Projeto revisto, art. 201, 30, responsável pela cincada afeante do Código Civil. Aliás, o adquirente pode ter perdido a coisa como autor; nem por isso deixa de dizer-se evicto e de ter contra o transferente a ação de evicção. A pretensão por evicção nasce com a evicção, isto é, com a perda do direito pelo adquirente. O art. 170, III, há de ser entendido como se estivesse escrito:

"Pendendo ação, de cuja sentença possa resultar evicção." Mas, em verdade, não há suspensão; *actio* non est nata: a pretensão do adquirente não pode começar de prescrever porque *ainda* não nasceu. A tautologia do art. 170, III, ressalta. Não se precisava redigir tal regra jurídica. Para que nasça pretensão, por evicção, é conceptualmente necessário que tenha sido evicto o adquirente; se o não foi, não há tal pretensão, e seria absurdo, pois que não há a pretensão, que se cogitasse de prescrição.

§ 671. Pluralidade de pretensões e pretensões acessórias

1.

Princípio da separação prescricional das pretensões. Existe, a respeito de prescrição, o *princípio da separação das pretensões;* o art. 167 abre-lhe exceção: "Com o principal prescrevem os direitos acessórios." Noutros termos: a prescrição da pretensão principal acarreta a das pretensões acessórias; a das ações principais acarreta a das ações acessórias. Mas o conteúdo do art. 167 tem de ser clarificado.

2. *Casuística.* Se a pretensão pelo capital prescreveu, as pretensões pelos juros estão prescritas, embora não haja decorrido o prazo do art. 178, § 10, III. Se prescreveu a ação quanto àpropriedade, prescritas estão as ações concernentes ao uso. Não, porém, a pretensão pela pena convencional. A regra jurídica do art. 167 não apanha as prestações periódicas que não dependem de direito principal (rendas constituídas sobre imóveis, arts. 744-754 e 178, § 10, II; alimentos, art. 178, § 10, 1; E. Riezler, *J.* v. *Staundigers Kommentar,* 1, 750; G.

Planck, *Komnientar,* 1, 558; 1-1. Dernburg, *Das Búrgerliche Recht,* 1, 575, nota 9; sem razao: P.

Langheineken, Anspruch und *Em rede,* 145; C. Crome, *System,* 509, nota 13). As taxas suplementares, ou adicionais, são, de regra, pretensões acessórias.

Se há prestações, a serem pagas, da mesma dívida, só há começo de prescrição quando se deixa de pagar a última; aliter, se há mais de uma pretensão (duas ou mais dividas), porque, então, cada uma começa de prescrever com a mora. A exigência

de restituição de pagamento indevido (enriquecimento injustificado) não escapa ao dilema. Tantas pretensões à restituição, tantas as prescrições. Não importa se a restituição tem o mesmo fundamento, e.g., impostos prediais indevidos durante os anos de 1953, 1954 e 1955 (sem razão, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de novembro de 1933, *RT* 89/144). Se se trata de despesas por

administração perlódica, cada pretensão é parcela de todo a ser exigido, qual se dá com administração mensal, trimestral, semestral, ou anual dos edificios de apartamentos (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de janeiro de 1939, *RT* 89/121). São, portanto, exemplos de incidência do art. 167: *a)* prescrita a pretensão ao que foi emprestado, ou, em geral, é devido, prescrita está a pretensão aos juros, embora seja aquele prazo menor do que o fixado no art. 178, § 10,111; b) prescrita a pretensão à restituição, prescrita está a pretensão aos frutos (não a pretensão à reparação do dano por ato ilícito absoluto, art. 159, ou relativo); *c)* prescrita a pretensão de indenização, prescrita está a pretensão por custas e despesas; *d)* prescrita a pretensão, prescrita está a taxa suplementar de transporte (Reindl, Zur Verjãhrung der Frachtzuschlagsforderung, *Deu tsche Zuristen-Zeitung,* VIII, 100 s.) sem razão, G. Eger, VIII, 123 5.); e) prescrita a pretensão à restituição da coisa, prescrita está a indenização contra o possuidor de má-fé.

3. *Hipoteca* e *art. 167.* Tem-se dito que a hipoteca é acessório da divida; por isso, em virtude do art. 167, prescrita a dívida pessoal, prescrita está a hipoteca *(e.g.,* 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10

de julho de 1941, *RT* 133/111; 2º Câmara, 11 de maio de 1943, 145/215). Outros acórdãos estendem isso a todos os direitos reais de garantia *(e. g.,* 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de abril de 1936, *RT* 104/144); e outros *(e.g.,* 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 24 de abril de 1945, 157/260) afirmam que a ação hipotecária — que é a de que se cogita no art. 84º, VI — somente prescreve no prazo ordinário das ações pessoais, porque a hipoteca é acessório da divida. Não pára aí: a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de setembro de 1939 (119/661), submeteu ao mesmo prazo da ação pessoal de anulação por simulação (art. 105) da cessão a ação de reivindicação. Tudo isso é absurdo.

As pretensões a prestações acessórias são as chamadas pretensões acessórias Ouros, frutos, custas, certas indenizações). Não é nesse sentido que se diz que a hipoteca ou a fiança é acessória do crédito. A expressão

“direitos acessórios” *(Nebenrechte)* ésuscetível de diferentes conteúdos, donde o seu pequeno valor científico (F. Regelsberger, *Pandekten,* 206 sj: a dependência não é a mesma para todos; é perigoso partir-se do

conceito, para se tirarem ilações de acessoriedade. Tem-se de, a cada ocasião que ele, aparece, interpretar-se o sistema jurídico e, principalmente, achar-se *a que* é que *o* enunciado se refere. Na L. 26, *pr.,* C., *de* usuris, 4, 32, Justiniano, dirigindo-se a Mena, prefeito do Pretório, disse: "Os que, por exceção de trinta, ou de quarenta anos, decaíram da ação principal, ou pessoal, ou hipotecária, não possam promover questão alguma sobre juros e frutos do tempo passado, dizendo que querem que se lhes pague o que se não refere aos trinta ou quarenta anos transcorridos e assertando que em cada ano *(singulis annis)* nascem as ações dos mesmos: porque, não subsistente a ação principal, é supérfluo que o juiz ainda conheça quanto aos interesses e os frutos *(principali enim actione* non *subsistente satis supervacuum eM super usuris et fructibus adhuc* iudicem cognoscere)." Os prazos das prescrições das pretensões às prestações periódicas eram contados do começo de cada período CL. 7, § 6, C., *de praescriptione* XXX *vel XL annorum, 7,* 39), mas haver-se-ia de entender que a regra jurídica da L. 26, *pr.,* não incidiria por não existir, na espécie, prescrição de pretensão global (G.

Demelius, *Untersuchungen,* 200-203; L. Mitteis, *Die Individualismerung der* Obligation, 3ª s.). Tal a verdade histórica.

E preciso não se confundir a regra jurídica sobre extinção da dívida principal e dos direitos acessórios e garantias (Código Civil, art. 1.502 e 84ª, 1; Código suíço das Obrigações, art. 114) e a regra jurídica sobre *prescrição* da dívida principal (Código Civil, art. 167; Código Civil alemão, § 224; Código suíço das Obrigações, art. 133). Ninguém se atreveria a dizer que, em virtude do § 224 do Código Civil alemão, ou do art. 133 do Código Civil suíço, as ações reais das garantias ou a ação contra o fiador *prescreve* com a ação pessoal contra aquele que e garantido pela hipoteca, ou pela fiança. A hipoteca não é acessória, no sentido do art. 167, nem a fiança; por isso, o art. 84ª, VI, cogitou da prescrição da hipoteca (isto é, das pretensões oriundas da hipoteca).

No Código Civil alemão, o § 224 estabelece a prescrição das pretensões às prestações acessórias no mesmo tempo que a da pretensão principal, ainda que aquela não se haja dado. Ninguém cairia no absurdo de ler o §

224 como se fizesse prescritíveis as ações reais ou a ação contra o fiador no mesmo tempo que a ação contra o devedor principal. No Código suíço das Obrigações, art. 133, diz-se que "a prescrição do crédito principal acarreta a dos interesses e outros créditos

acessórios". Isso não quer dizer que não possam prescrever antes da dívida os créditos por interesses. Nem que, prescrita a ação pessoal contra o devedor, esteja prescrita a ação hipotecária, ou a ação contra o fiador.

São esses os dois códigos que poderemos invocar; são os únicos que têm a regra jurídica correspondente ao art. 167.

A 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 3 de setembro de 1946 *(RT* 163/615), disse que o fiador do executado não pode pleitear o reconhecimento da prescrição em favor do afiançado se esse não a alegou. Não é bem isso. O fiador não pode alegar prescrição, de modo nenhum; a exceção de prescrição é exceção, tão-só, — não extingue a obrigação (art. 1.502); as próprias dividas prescritas são suscetiveis de fiança.

Quando se diz que a fiança é acessória à dívida não se diz que, prescrita a pretensão contra o devedor principal, também está prescrita a pretensão contra o fiador: a prescrição da dívida, no direito brasileiro, no alemão, no suíço e noutros sistemas jurídicos, não extingue a pretensão contra o fiador, a tal ponto que a interrupção ou suspensão da prescrição contra o devedor não importa, naqueles sistemas juridicos, em interrupção ou suspensão contra o fiador (P. Oertmann, Recht der *Schuldverháltflisse,* 943; H. Dernburg, *Das* Búrqerliche Recht, II, 2, 425; G. Planck, *Konimentar,* II, 831), nem a interrupção ou suspensão contra o fiador importa em intermpção ou suspensão contra o devedor (O. Warnever, *Komrnentar,* 1, 1.217). No direito brasileiro, foi preciso o art. 176, § 3º, para que a interrupção contra o devedor principal prejudique o fiador. Quando se diz que a hipoteca é acessória da divida não se diz que a ação hipotecária prescreve quando prescreve a dívida: o art. 84ª, VI, só se refere á prescrição da pretensão real; a prescrição da dívida garantida pela hipoteca não pode ter a consequência do art. 84ªº 1, porque ai só se cogitou da *desaparição* da obrigação, e não do simples encobrimento da sua eficácia.

4.

Penhor e art. 167. Quanto à prescrição da pretensão garantida pelo penhor, a técnica jurídica pode admitir qualquer das soluções seguintes: *a)* extinção do direito de penhor, solução que se não pode

extrair do art. 167, onde só se cogita de *prescrição* de pretensões acessórias, ou ações acessórias, e não de extinção de direitos acessórios, ou pretensões, ou ações; *b)* a inextinguibilidade do direito de penhor, a despeito da prescrição da pretensão garantida; *c)* a imprescritibilidade da pretensão garantida, solução esdrúxula, que faz a garantia influir na sorte da pretensão garantida; d) a independência das duas pretensões, a de cobrança (pretensão pessoal garantida pelo penhor) e a de excussão, de modo que aquela prescreve segundo a regra jurídica, que lhe diz respeito, e essa, segundo regra juridica sobre prescrição das ações reais, se não há *Iex specialis.*

A solução *a),* que dava Lacerda de Almeida *(Direito das* Coisas, II, 116), invocando a L. 43, D., *de solutionibus et Iiberationibus,* 46, 3, e a Coelho da Rocha *(Instituições,* li, §643, 495), que de modo nenhum incorreu em tal erro, é de repelir-se, se não há lei especial que a adote. Na L. 43, Ulpiano dizia que em todas as espécies de liberações também se liberam as acessões, como ocorre com as promessas por outrem, as hipotecas e os penhores; mas prescrição não é liberação. À L. 43 corresponde a regra jurídica do art. 802,1.

No art. 802,1-VI, que se refere à extinção do penhor, absolutamente não se cogitou da prescrição da pretensão garantida, como causa de extinção. Nem dela se cogitou quanto à fiança: o art. 1.502 só se refere aos fatos que extinguem a pretensão *(verbis* "extintivas da obrigação"), e não ao que só lhe encobre a eficácia. No art.

84ª, 1, refletiu-se a L. 43, pois estatuiu-se que o "desaparecimento da obrigação principal" (não a prescrição!) extingue a hipoteca; no art. 84ª, VI, atendeu-se a que a ação hipotecária, ação real, pode prescrever. Lacerda de Almeida teria de pensar na regra jurídica das Ordenaçóes Filipinas, Livro IV, Título 3, § 1, em vez de invocar o que ao assunto não era atinente, — a L. 43.

A solução *b)* foi a adotada pelo Código suiço das Obrigações (1911), art. 14ª: "A existência de penhor *(gage mobilier)* a favor do crédito não impede a prescrição desse, mas o credor conserva o direito de fazer valer o seu penhor." Antes (1881), a pretensão garantida era imprescritível (= tornar-se-ia com a garantia, imprescritível).

A solução *c)* foi a do Código suíço das Obrigações de 1881, art. 146, alínea 2ª A solução *d)* foi a do direito anterior e é a de hoje. Em nenhum lugar do Código Civil ou do Código Comercial se diz que o penhor se extingue ocorrendo a prescrição da pretensão garantida. O

art. 167 somente poderia ter consequência de fazer prescrever, com a pretensão da pretensão garantida, a pretensão àexcussão, mas a pretensão à excussão não é acessória da pretensão à cobrança, porque se pode dar garantia a divida prescrita, ainda de outrem. Na L. 61, D., *ad senatus consultum Trebellianum,* 36, 1, Paulo afirmou, em caso de confusão (cp. art. 802, V), que o penhor sustenta a própria *obligatio natura lis (renianet . . prapter pignus naturalis obligatio).* É falso que o direito romano tenha concebido o direito de penhor qual direito acessório, como se tem escrito (cf., energicamente, A. Brinz, *Lehrbuch,* 1, 2º ed., § 78, e II, § 348; E P. Bremen Das *Pjcndrecht und die Pfandobjekte,* 67, nota 18; G. Simon, Uber die Selbstãndigkeit des Pfandrechts und der Pfandrechtsstelle, aIs solcher, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 41, 56 s.) 8. Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9º ed., 1.132). O conceito de acessório somente serve onde se pode pôr no plano da existência a relação de dependência. Se o art. 167

houvesse dito que o penhor se extingue com a prescrição do crédito, teria posto em plano imaginário conceito de *existência* (extinção) e conceito de *eficácia* (prescrição). Ora, o conceito de *occessio* é no plano da existência: na L. 43, D., *de solutionibus* et *liberationibus,* 46, 3, Ulpiano diz que, em todas as espécies de liberações, também se liberam as acessões *(In omnibus speciebus liberationum etiam accessionibus liberantur),* — proposição verdadeira, tautológica, extraída dos fatos, no plano da existência. O direito de penhor não pode perdurar sem crédito; mas isso não quer dizer que não possa perdurar se a pretensão prescreveu, porque prescrição é conceito do plano da eficácia. Na L. 14, § 1, D., *de pignoribus et hypothecis,* 20, 1, o mesmo Ulpiano explicita que, nos casos em que subsiste a obrigação natural, sói perseverar o penhor *(Ex quibus cosibus naturafls obligatio consistit, pignus perseverare constitit).* Assim, forrou-se o direito romano a trasladar ao plano da existência, onde estaria o conceito de obrigação natural, o que se tirou ou se encobriu à eficácia do direito. A evolução do direito moderno éexatamente no sentido de se tornarem cada vez menos dependentes do crédito o penhor e a hipoteca, talvez por influxo do velho direito germânico (V.

von Meibom, *Das deutsche Pfandrecht,* 273 s. e 409).

Resta saber-se se, no direito brasileiro, o art. 167 tem a consequência de fazer prescrever, como pretensão acessória, accessio, a pretensão à excussão (Código de Processo Civil, art. 585, III, 2º figura), isto é, se prescreve com a prescrição da pretensão garantida. O art. 167 fala de direito acessório, isto é, de pretensão: se a pretensão é acessória, prescrita a pretensão ao principal, prescreve a pretensão ao acessório.

Quanto à pretensão aos juros, ressalta que a prescrição da pretensão à prestação principal se reflete na pretensão ao acessório; *e.g.,* se o prazo prescricional daquela é menor do que o prazo do art. 178, § 10, III, dá-se antecipação da prescrição. Quanto à fiança, o art. 1.502 pré-exclui a alegação da prescrição da pretensão afiançada, pois só se referiu às exceções extintivas da obrigação, não às exceções não-extintivas, que tenha o devedor Quanto à anticrese, nada se disse, mas o que ocorre com a hipoteca a ela também concerne: o desaparecimento da obrigação garantida extingue-a, não a prescrição; a prescrição da ação hipotecária ou, aí, a da ação real do credor anticrético é que acarreta a extinção da hipoteca, ou da anticrese (art. 84ª, VI).

Quanto ao penhor, a prescrição da ação de excussão não extingue o penhor, — resta a situação jurídica de direito de penhor, tal como em direito romano: resta o direito, encobrivel apenas a pretensão (real) de excussão. Se a ação de excussão prescreveu antes de prescrever a pretensão garantida, o credor que tem a posse do penhor tem a ação pessoal para cobrar o crédito e a defesa contra o devedor que peça o objeto do penhor, alegando prescrição da ação (real) de excussão. Porém tal defesa não existe se também a pretensão garantida está prescrita, porque seria transformar-se em ação (reconvenção) contra a ação do empenhante para haver a coisa empenhada eficácia *toda* encoberta.

Se ao credor pignoratício se tirou a posse da coisa, tem ele ação de restituição, real, que prescreve no prazo ordinário (dez, ou vinte anos, *e.g.).* Se foi terceiro que a tirou, pode estar prescrita, sem que o esteja a ação do devedor empenhante contra o terceiro. Quer contra o terceiro, quer contra o devedor, é a actio *pignoraticia in rem* do direito romano aquela pela qual se pede a posse do penhor (cf. Erwin Schultz, *Die Pfandansprtiche nach* § *1.227, 4).* Se o credor pignoraticio deixou que a excussão tardasse o tempo previsto no art. 177 para as ações reais, a ação de excussão prescreve. Resta saber-se se tal exceção, nascida ao devedor, lhe dá ação de restituição, ou se apenas surge e se conserva exceção. O direito de penhor está com a sua eficácia executiva encobrivel e o devedor exerce a exceção. Sem a regra jurídica, que atendesse à situação especialissima, que se cria, o dono da coisa ficaria sem a posse dela, e o credor pignoratício sem poder excutir. O problema tem, contudo, maior extensão que aquela da exceção de prescrição. Jem o titular da exceção peremptória contra o credor pignoraticio direito a reaver a posse da coisa? A resposta afirmativa importa em se reconhecer que a ação de restituição e a extinção do direito de penhor não são coextensivas, ou, noutros

termos, que sem se extinguir o direito de penhor se pode ter a ação de restituição. Trata-se de exceção à pretensão real, não ao crédito (1.. Kuhlenbeck, *Handkommentar,* II, 2ª ed., 316); porque prescrição ou outra exceção à pretensão garantida é sem repercussão salvo revelação de outra regra jurídica, que a estabelecesse.

Pri *meiro,* examinemos a questão da existência de regra juridica a ação de restituição se há exceção à pretensão excutiva. a regra jurídica do art. 84ª, VI, só referente à hipoteca só referente á hipoteca (por analogia, à anticrese). Não se pode, portanto, pensar em extinçao do penhor; há a exceção de prescrição da ação (real) de excussão. Discute-se se essa exceção, *prescrita a dívida,* gera ação de restituição da posse da coisa, aliás pretensão à restituição, porque pode ser exigida fora da ação proposta em juízo (G. Planck, Komm *entar,* III, *3,* 1.248). A resposta é afirmativa, para se evitar contradição no sistema.

Quanto à legitimação ativa, negam-na aos terceiros H. Emmerích *(Pfandrechtskon kurrenzen,* 461), G.

Planck, Komentar *,* III, *3,* 1.248) e Martin Wolff *(Lehrbuch,* II, 27ª-32ª ed.611l) reconhece-a Th. Kipp (B.

Windscheid, *Lehrbuch,* 1, 9ª ed.,1.135) como a qualquer titular de direito real. A restituição da posse, em tal caso, tem efeito igual à renúncia pela restituição da coisa (arts. 802,111, e 803), — o que faz a restituição amigável, ou por força de sentença, na ação de restituição, ser correspondente à transcrição da extinção da hipoteca por prescrição da ação Hipotecária (arts. 84ª, VI, e 850).

Quanto à legitimação ativa tem-na o dono da coisa, que pode ,urodevedor(G. Planck, *Kommentar,* 111,3,1.248; H. Emmerich, P ‟*fandrechtskonkurrenzen,* 461).

§ 672. Titularidade da exceção de prescrição

1. Titular. A exceção de prescrição tem titular, que é o devedor. Só ele pode exercer esse direito. Seria, por isso, absurdo que o órgão de alguma pessoa jurídica, o representante legal, ou os Procuradores das Fazendas pudessem alegar a prescrição das dividas ativas (Supremo Tribunal Federal, 11 de agosto de 1920, *RF* 37/54; 1ª Turma, 29 de janeiro de 1945, 104/442, e 104/66; sem razão, a 2º Turma, 24 de abril de 1945, 104/64). A 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6

de abril de 1945 *(RF* 104/65), admitiu (1) a invocação da prescrição por parte do credor (Fazenda Nacional). Ora, em tudo isso há grave confusão: a alegação de prescrição é oposição (exercício) do direito de exceção por parte do devedor, que é o seu titular; tal exercício só ele tem, posto que possa haver representação legal ou negocial. O credor não pode exercer tal direito; não no tem. Contra ele é que se dirige o direito. Se ele articula, ou simplesmente confirma que houve prescrição, *ou* implicitamente desiste da "ação", pois a outra parte, ré, não exerceu o direito de exceção, ou confirma a parte de comunicação de fato que há em todo exercício de direito de exceção. Ali, pode ter interesse —

inclusive moral — em desistir da "ação"; aqui, tudo se há de conceber no plano das afirmativas para prova.

Portanto, ou o réu não exerceu o direito de exceçao e o credor entende que prescreveu, e pois desiste da ação, devendo juiz ou tribunal extinguir o processo sem julgamento do mérito (Código de Processo Civil, art. 267, VIII e § 4ª), ou o exerceu e o credor confessa.

2. *Credores.* Discute-se se a exceção de prescrição pode ser oposta pelos credores, ou por outra pessoa que tenha interesse na prescrição. O prescribente e os seus sucessores são sempre legitimados. Quanto aos credores do prescribente, ou dos seus sucessores, é preciso que não nos deixemos influenciar por regras jurídicas ou doutrina de paises cujo sistema jurídico regulou, especialmente, a matéria. Temos de cingir-nos à expressão das leis brasileiras. No caso de insolvência, ou de agravação da insolvência, o art. 5ª, II, do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, considera ineficaz contra a massa o pagamento de dívidas vencidas *e exigíveis,* se realizado dentro do termo legal da falência. O pagamento de dividas vencidas *e* já *não* exigíveis estaria incólume à sanção de ineficácia relativa, o que coincidiria com a regra do art. 970, 1ª parte, sobre irrepetibilidade do que se pagou para solver dívida prescrita. No concurso de credores, comum ou falencial, a divida cuja pretensão prescreveu não é admitida, porque falta a eficácia da ação condenatória, que o concurso supõe. A questão está portanto, restrita à interpretação do art. 5ª, II, do Decreto-Lei nº 7.661; mas esse art. 5ª, II, exige como pressuposto o ter sido o pagamento por outra forma que a prevista no contrato, e não bastaria para se entender que o pagamento de dívida prescrita, portanto vencida antes, pudesse se tornar repetível. O ato jurídico do pagamento da dívida prescrita pode ser revogado, segundo os arts. 53-58 do Decreto-Lei nº 7.661, como poderia ser revogado, por fraude

contra credores, o pagamento de qualquer divida não-prescrita. No concurso de credores, sim, a prescrição é alegável pelo credor, em impugnação, ou pelo síndico, ainda segundo o ari. 99 do Decreto-Lei nº 7.661, porque falta ao crédito a ação de condenação (diferença entre admissão a concurso e alegação de prescrição): aí, não há oposição de exceção de prescrição; há alegação de não se poder admitir ao concurso o crédito, uma vez que só se admitem a concurso pretensões eficazes. Enquanto não se declarou a falência, ou não se abriu o concurso de credores (Código Civil, arts.

1.554-1.571; Código de Processo Civil, arts. 748-786-A), o credor não pode impugnar créditos; pode exercer a ação anulatória do art. 106 ou do art. 107 do Código Civil. Não há, pois, confundir-se oposição de exceção de prescrição e inadmissão ou impugnação da admissão a concurso, como faz L. F. 5. Carpenter *(Manual,* IV, 157).

3. *Outros interessados.* O art. 161 diz que a renúncia da prescrição somente vale (aliás, somente é *eficaz)* se feita sem prejuízo de terceiro. Daí se procurou tirar que aqueles a favor dos quais não seria eficaz a renúncia seriam legitimados, materialmente, a opor a exceção de prescrição (L. F. 5. Carpenter, *Manual,* IV, 132-138).

O art. 161 é regra jurídica de eficácia: se há prejuízo para terceiro, a renúncia tem *eficácia relativa;* contra o terceiro, érelativamente ineficaz. Não há no art. 161 regra jurídica de legitimação ativa; mas apenas regra jurídica de ineficácia relativa.

Quando se fala do fiador, a afirmativa de que pode ele alegar a prescrição da dívida garantida é falsa, falsíssima: nem o art. 161 diz isso, nem a prescrição extingue, no direito brasileiro, a dívida, para que pudesse ser incluída no rol das exceções extintivas da obrigação principal a que se refere o art. 1.502. O co-devedor, em obrigação solidária, se renuncia à prescrição, somente renunciou quanto ao que ele deve. Não há pensar-se em incidência do art. 161, nem em legitimação de terceiro (?) interessado, — grave confusão de L. E 5.

Carpenter *(Manual,* IV, 133 s. e 15ª) e seus repetidores. O co-devedor em obrigação indivisível é responsável pela dívida toda: se renuncia à exceção de prescrição, tem de pagá-la toda (art. 891). A dívida do outro co-devedor está prescrita. Também aqui não há pensar-se em incidência do art. 161, ou em legitimação de terceiro (?) interessado. Se o fiduciário renuncia à ação de prescrição de restituição dos bens fideicomitidos, tal renúncia ésem eficácia contra o fideicomissário; se

a prescrição correu a favor do fiduciário e a favor do fideicomissário, a renúncia à exceção por parte de um não é renúncia por pade do outro. A renúncia à exceção de prescrição pelo falido é ineficaz para a massa falida, — falta-lhe poder de dispor eficazmente.

§ 673. Prescrição e sucessores da pretensão

1.

Curso da prescrição contra os titulares da pretensão. A prescrição corre sem ligação subjetiva à titularídade do direito, salvo quando se dá alguma das espécies dos arts. 168, 1-1V, e 169, 1- III. Se há mudança de sujeito da pretensão real, ou pessoal, não importa: o sucessor recebe o *tem* pus, tal como vinha do autor. Não há distinguirem-se sucessor, ou sucessores, a título universal, e sucessor, ou sucessores, a titulo singular O cessionário está exposto às exceções que poderiam ser opostas ao cedente (art. 1.072), inclusive à de prescrição. Em princípio, o tempo escoa-se objetivamente, sem se atender a quem é, no momento, o titular da pretensão; só a lei pode criar espécies como as dos arts. 168 e 169. No Código Civil, o art. 165 estatui: "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro." Interessante é observar-se que, fugindo a toda a ciência sobre a *accessio temporis,* Clóvis Eevilacqua (Código *Civil comentado,* 1, 483), depois de se referir ao art. 55ª ("O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a do seu antecessor (art. 469), contanto que ambas sejam contínuas e pacificas."), acrescentou: "aqui", isto é, no art. 165, "somente o herdeiro continua a prescrição iniciada pelo *de* cultas; no usucapião, pode ser a posse continuada pelo sucessor a título universal ou singular. O princípio da *accessio tem poris,* não podia (fl ser transportado para a prescrição liberatória, em toda a sua extensão". O

princípio da *accessio tem poris,* na contagem dos prazos prescricionais, é — ao contrário do que pensava o autor do Projeto primitivo — princípio *a priori,* que não precisaria de regra jurídica que o explicitasse. Se o não fosse, tampouco seria de acolher-se o absurdo que Clóvis Bevilacqua escreveu: primeiro, porque seria abertamente ilógico que a cada sucessão se interrompesse a prescrição; segundo, o art. 165 ("A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro.") traz, patente, a sua *ratio* e a analogia se imporia, para outras espécies de sucessão.

2. *Sucessão na ação real.* Se a coisa, a respeito da qual existe pretensão real, passa à posse de terceiro, em sucessão jurídica, a prescrição, que se vem operando, ou que se operou a favor do possuidor anterior, aproveita ao sucessor jurídico. No art. 165, apenas se aludiu à prescrição que continua de correr *contra* o herdeiro; nada se disse sobre a prescrição que continua de correr *a favor* do herdeiro, nem a *favor* dos outros sucessores jurídicos. O art. 445 diz que a posse se transmite com os mesmos caracteres aos herdeiros e legatários do possuidor; e o art. 446 acrescenta que o sucessor universal continua de direito à posse de seu antecessor, e ao sucessor singular é facultado unir a sua posse à do antecessor, para os efeitos legais. A regra jurídica, segundo a qual a prescrição continua de correr, ou aproveita, se já correu, ao sucessor juridico, é princípio implicito no conceito de sucessão juridica: com a pretensão vai o que à pretensão concerne. Se a pretensão é pessoal, depende isso da eficácia mesma da sucessão jurídica: de regra, a mudança de titular é sem influência. Se real, a pretensão prescreve a favor do possuidor do bem, e não do que sucedeu juridicamente e não tem posse; ou contra ele. Aliás, pode prescrever a pretensão, e não ser atingido o direito real (J. Meisner, *Das BUrgerliche Gesetzbuch,* 1, 189). Sucessor jurídico, aí, é também o que vem após o possuidor anterior, por efeito de condição resolutiva, ou termo resolutivo (J. Biermann, *Sachenrecht,* 222; G. Planck, Kommentar, 1, 553); idem, se, em virtude de ação constitutiva negativa, a coisa volta ao possuidor primitivo (H. Rehbein, *Das Btirgerliche* Gesetzbuch, 1, 315; J. Meisner, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 190; E. Riezler, *J. u. Staudingers Komnientar,* 1, 745; E. Hólder, *Aligemeiner Teil,* 4ª6; K. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* nota 17; C. Crome, *System,* 1, 313 s.). O que perdeu a posse por força proibida e, depois, se reinstalou na posse, beneficia-se com o tempo intercalar (J. Meisner, *Das Btirgerliche* Gesetzbuch, 1, 191; H.

Rehbeín, Das *Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 314; O. Warneyer, *Komrnentar,* 1, 376; sem razão: O. Planck, Kommentar, 1, 550; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* III, 5ª0, texto e nota 87). Aproveita o tempo decorrido da prescrição o que recebera do possuidor mediato a posse, como possuidor imediato (art. 486), ou que se tornara possuidor imediato do adquirente posterior se a ação real o teria atingido (excluem-no, sem qualquer ressalva, G. Planck, *Kornmentar,* 1, 553, e E. Riezler, *J.* v. *Stoudingers Kommentar,* 1, 745, mas seria injusto, *de iure* condendo). Se o adquirente da posse o foi por aquisição originária, não há pensar-se em sucessão jurídica, nem, pois, em accessio *temporis* (C. Crome, *System,* 1, 313).

A prescrição corre contra o possuidor mediato, enquanto tem a posse mediata, e nada obsta a que, sendo o possuidor imediato sucessor jurídico daquele a favor de que estava correndo, ou correu a prescrição, alegue a acessão, da posse e do tempo (H. Rehbein, *Das 811 rgerliche Gesetzbuch,* 1, 314; G. Planck, Kom *mentor,* 1, 553; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 376). Se B é locatário de A e a ação real de A contra C prescreveu, tem B

exceção contra A, como teria C; porque exatamente se trata de ação real. Se a prescrição causou dano a B, pelo fato da inércia de A, tem B ação contra A.

3. *Boa-fé e má-fé.* A prescrição opera-se, quer tenha havido boa-fé, ou má-fé, do titular da pretensão, ou daquele a que se dirige. Não importa se houve algum ato ilícito que foi a causa, ou ato contra os bons costumes. Só há causa interruptiva, ou suspensiva de curso de prazo, se a lei a considera tal. No sistema jurídico brasileiro, não há, sequer, a *replicatio dou,* por ter o devedor obstado à interrupção ou à suspensão.

Isso não que dizer que o ato ilícito pelo qual se obstou à suspensão ou interrupção não possa, de si só, gerar deveres e obrigações: o que não se pode éinterromper a prescrição, porque, se o devedor o pôs em cárcere privado, ou o ameaçou de morte, ou de ato ilícito semelhante, ainda que não seja crime, responde pelos danos causados (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 3ª7). É difícil, mas pode ocorrer, que o ato ilícito, de que se trata, seja ato ilícito relativo. De ordinário, éabsoluto. Por outro lado, rege a prescrição a lei que rege a pretensão, e pode ser que nasça noutro sistema jurídico a responsabilidade pelo ato ilícito.

4. O *art. 165.* O art. 165, que somente fala de correr contra o herdeiro a prescrição iniciada contra o decujo, não há de ser interpretado, *a contrario sensu,* para se negar a acessão em outras sucessões (sem razão, 2º

Cãmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 16 de novembro de 1950, RI 53/136). Apenas se explicitou, a respeito do herdeiro, o princípio geral de direito e se redigiu regra jurídica que corresponde aos conceitos de pretensão, prescrição e sucessao.

§ 674. Decurso do prazo (subjetivamente)

1. *Curso subjetivo do prazo.* iniciado o prazo de prescrição, corre ele a despeito de quaisquer modificações concernentes ao titular da pretensão, oriundas de sucessão entre-vivos, ou a causa de morte, inclusive se alguém sucede aos titulares das pretensões a que se refere o art. 178, § 5º, V, § 6º, II, V, X, § 7º, II-V etc., e ainda que se trate de prazos preclusivos (e.q., art. 178, §§ 2º e 5º, IV). O *principio da continuação do transcurso* presencio *nal e preclustonal* apanha assim as pretensões pessoais como as reais. O novo proprietário sucede na pretensão reivindicatória daquele de quem houve o direito e está sujeito à prescrição, ou preclusão, que se vinha estabelecendo, ou se estabelecera contra esse. Se a pretensão é pessoal, contra o herdeiro prossegue a prescrição já iniciada contra o decujo (art. 165: "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro."). Se houve assunção de divida de outrem, discute-se se a pretensão do devedor recente é idêntica à do devedor originário: para quem afirma que o é, a assunção importou em reconhecimento da divida (art. 172, V) e, pois, interrompeu-se a prescrição; quem o nega necessariamente vê o inicio de nova pretensão, com a sua prescrição desde a data em que exsurgiu, mas sujeita àmesma categoria da dívida assumida (= ao mesmo prazo prescricional). Assim, devido ao art. 172, V, a questão — que no direito das obrigações examinaremos com toda a minúcia — perde de importância; mas, em verdade, há continuidade.

Se a pretensão é real, dirigindo-se contra o possuidor, ou contra quem ofende a posse, tem-se de atender ao sistema possessório do Código Civil, no tocante à sucessão: *a)* a sucessão hereditária é conforme os arts.

1.572 e 445; *b)* a sucessão universal não-hereditária, conforme o art. 4ª6, 1) parte; *c)* a sucessão singular, conforme o art. 4ª6, 2º parte. O sucessor singular *pode* unir a sua posse à do antecessor. Se a posse não foi adquirida por sucessão, o novo possuidor pode alegar, contra o terceiro, a preclusão da ação possessória, contando o prazo de antes da sua posse (arts. 543 e 544).

Se se modifica o conteúdo do crédito, *e.g.,* indenização do dano, em vez de restituição de coisa, a pretensão é nova, e desde o seu nascimento é que se conta o prazo prescricional. Não assim se houve escolha, ou opção pelo devedor, ou pelo credor, porque, aí, a

pretensão se há de tratar como a mesma. Os que vêem em tal espécie duas pretensões, como se A ou B fossem A *e* B, caem em contradição se fazem a prescrição começar com a pretensão da primeira alternativa (por exemplo, A. von Tuh D *er Allgei-neine Teu,* III, 540 s.). É

preciso distinguirem-se as espécies: se incide o art. 866, a pretensão é a mesma; se o art. 867, há nova pretensão, porque é fato novo o ato do devedor; se há pretensão do devedor que se passe ao credor, em caso de impossibilidade da prestação, o prazo de prescrição começa da nova pretensão, no caso do art. 867.

Sustentou E. Hôlder (Uber Ansprúche und Einreden, *Archiu* for *die civilistische Praxis,* 93, 19) a tese da mesmeidade da pretensão, em todas as espécies; mas nem ele, nem A. von Tuhr, com a tese contrária, têm razão.

Se a pretensão real é substituível por pretensão pessoal *(e.g.,* pretensão por enriquecimento injustificado), não há outra pretensão, de modo que se pode ir contra o que teria de restituir a coisa, enquanto não prescreve a ação de enriquecimento injustificado, que pode ser mais larga. Porque A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teu,* III, 541) viu na espécie *outra* pretensão, teve de lançar mão de subterfúgio para não admitir outro prazo principal ao se dar o que ele considerou nova pretensão. O que alienou o imóvel e tem de prestar indenização não assume *outra* obrigação, — responde pela indenização, porque não pode prestar em natura. A ação éque é outra.

Dá-se o mesmo quando alguém, que teria de restituir a coisa, devido a ato ilicito absoluto (arts. 154 e 160), há de indenizar, porque não pode restituir, devido a ter alienado a coisa e não caber a reivindicação pelo titular da pretensão, ou se ter destruído a coisa.

2.

Novação, títulos abstratos e assunção de mútuo. A novação dá ensejo a crédito novo. Para a nova ou para as novas pretensões há regra jurídica, ou regras jurídicas, pelas quais se fixa o prazo prescricional. A prescrição pode ser maior, ou menor; pode não se tratar de prazo prescricional, mas de prazo preclusivo, como a obrigação originária poderia estar sujeita a prazo preclusivo e ser prescricional o prazo para a pretensão nova, ou para as novas pretensões.

A pretensão oriunda de título abstrato de dívida, se a lei não fixou prazo menor, prescricional ou preclusivo, prescreve em vinte anos, ainda que a dívida provinda do negócio jurídico subjacente estivesse sujeita a prazo menor, ou a prazo preclusivo.

Se o devedor transforma em mútuo a divida, isto é, se assume dívida, extinguindo-se a dívida anterior, a prescrição da nova dívida nada tem com a prescrição da dívida anterior.

§ 675. Impediência e suspensão do prazo prescricional

1.

Impedir e suspender. Na impediência, o suporte f ático ainda éinsuficiente para se iniciar o curso do ternpus; na suspensão, tal insuficiência sobrevém, e o *tempus* cessa de correr Qualquer julgamento a respeito é declarativo negativo.

Tais conceitos precisos evitam a confusão que resultaria de leitura atécnica dos arts. 168 e 169. Se a pretensão nasceu *à* pessoa, depois da absoluta incapacidade (art. 169, 1), ou depois da ocorrência do art. 169, II ou III, ou durante o casamento (art. 168, 1), ou durante o pátrio poder (art. 168,11), ou durante a tutela ou curatela (art. 168, 1H), ou se se trata da pretensão prevista no art. 168, IV, não *começa* de correr o prazo prescricional. Se nasceu antes da absoluta incapacidade, do casamento, do pátrio poder, da tutela, ou da curatela, suspende-se.

2.

Declaração da insuficiência. No direito brasileiro, o art. 166 veda ao juiz conhecer da prescrição de pretensões patrimoniais se não foi invocada pelos interessados *(=* não exerceu esse a exceção de prescrição).

A regra jurídica nada tem com a impediência ou suspensão do prazo prescricional. Uma vez que o interessado invocou prescrição, o titular

da pretensão pode alegar que não correu o prazo. Tratando-se de causa impediente a favor de incapazes (arts. 168, 11 e III, e 169, 1), a declaração de insuficiência pode ser de ofício (O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 362; sem razão, G.Planck, *Komnentar,* 1, 530). *Aliter,* nas espécies dos arts.

168, 1, na espécie do art. 168, II e 111, em que a pretensão é contra o genitor, ou o tutor ou o curador, e nas espécies dos arts. 168, IV, e 169,11 e III.

3.

Credores solidários. Diz o art. 171: "Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros credores, se o objeto da obrigação for indivisível." O *princípio da independência (ou separação) das pretensões* estabelece que os acontecimentos concernentes a cada um dos credores, ou devedores, somente a ele aproveite, ou prejudique. A eficácia pessoal éindependente. Por isso, o devedor solidário não responde pela culpa do co-devedor, nem o credor solidário pela culpa do co-credor, a denúncia só tem efeito pessoal, e o prazo de prescrição da cada uma das pretensões corre independentemente do que se passa com as outras e o impedimento, suspensão e interrupção só dizem respeito a cada um dos devedores, ou credores, salvo, segundo Justiniano, se havia a *correalidade* (L. *4,* C., *de duobus* reis *stipulandi et duobus reis promittendi,* 8, 39), ou, segundo o Código Civil, se é indivisível o objeto da prestação. Não é o mesmo; e evita-se o conceito de obrigação correal, de que se falará alhures.

4.

Dívidas *da Fazenda Pública.* A respeito das dívidas da Fazenda Pública, o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, art. 5º, havia estabelecido: "Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito á ação ou reclamação." 5.

Falência e liquidação de banco ou instituição financeira. Interrompe-se a prescrição contra o falido, durante o processo da falência (Decreto-Lei

nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 47). Durante o processo da liquidação extrajudicial, segundo a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, interrompe-se a prescrição das pretensões relativas às obrigações de responsabilidade da instituição financeira (Lei nº 6.024, art. 18, *e*».

§ 676. Prescrição e obstáculo legal e judicial

1. *Obstáculo legal e judicial.* A lei civil brasileira não falou de suspensão da prescrição se há obstáculo legal ou judicial. Nem sempre pode o credor lançar mão da citação pessoal (art. 172, 1), tanto mais quanto o Código de 1973, não permitiu prorrogaçao por mais de noventa dias, transcorrido o decêndio subsequente ao despacho que a ordenou (art. 219, §§ 2º e 3º); nem do protesto (art. 172, II). *A interrupção da prescrição,* ou *a* suspensão, por *obstáculo* judicial, *ou* fático em *gemi, é problema de* técnica *legislativa de regras* jurídicas emergenciais, *e* não *de interpreta*ção do Código *Civtl.* Não se podem, a pretexto de decorrerem da natureza das coisas, ou da equidade, criar espécies de interrupção, ou de suspensão, que náo constem do Código Civil, ou de textos de lei. A atitude que, a esse propósito, tomou Luis E S. Carpenter (Da Prescrição, Manual, IV, 267 s., em contradição consigo mesmo, 239-242), é indefensável: pretendeu introduzir o obstáculo judicial como causa de suspensão, o que se não justificaria, *de leqe lata.*

No direito brasileiro, a força maior e a suspensão do funcionamento judiciário não suspendem a prescrição. O

problema põe-se, certamente, ao legislador, de jure condendo, para resolver, com justiça, os problemas que surgem, em lei especial. De Ieqe *lata,* não temos regra juridica que preveja tais situações. A Lei nº 8, de 9 de agosto de 1951, só se refere a prazos judiciais, de modo que, despachada a petição, no caso do art. 172, 1,11, ou III, do Côdigo Civil, interrompe-se a prescrição com retroeficácia à data da propositura da ação, e qualquer suspensão do funcionamento do foro, prevista pela Lei nº 1.448, se desconta ao cômputo dos dez dias, ou dos noventa dias, (Código de Processo Civil, art. 219, §§ 2º e 3º; sob o Código de 1939, art. 166, §

2º, regra juridica que se estendera ao direito material, Decreto nº 6.790, de 15 de agosto de 1944). Assim, se o despacho foi a 2 de

janeiro e o foro foi fechado de 8 a 20, desconta-se o tempo de 8 a 20, de modo que o decêndio só se completa a 24; se o despacho foi a 2 e houve prorrogação até noventa dias, ocorrendo o fechamento do foro, por sessenta dias, no sétimo dia do prazo originário, o prazo dos noventa dias só se completa noventa e três dias após os sessenta dias de fechamento.

2. *Férias forenses.* As férias forenses não influem na prescrição. Os atos interruptivos podem ser praticados.

§ 677. Prescrição e exceção dilatória

1. *Exercício* de exceção *dilatória.* A exceção dilatória, se exercida, cobre a eficácia da pretensão. Se, durante o tempo em que corria o prazo prescricional, não foi exercido o direito de exceção dilatória, nenhum efeito teve a exceção. E verdade que o credor não cobrou, porque havia a exceção; mas, tratando-se de exceção dilatória, ou ele mesmo a criou, ou, podendo afastá-la, não a afastou.

Se o prazo foi *dilatado,* não há exceção a favor do devedor: a pretensão mesma foi atingida, retardando-se. Se o prazo é *de espera,* o devedor recebeu-o do credor, que deve arcar com as consequências do seu ato. Apenas, na quase totalidade dos casos, junto ao prazo *de espera,* ou implicito nele, vai reconhecimento da divida e da obrigação pelo devedor, o que, de si só, interrompe a prescriçáo (art. 172, V).

No Código Civil alemão, o § 202, 1ª alínea, 2º parte, admitiu a suspensão da prescrição se o obrigado é autorizado *(berechtigt)* à recusa da prestação. Lêem os juristas a essa frase como se dissesse: se o obrigado poderia deixar de prestar. *Ratio legis:* não se há de impor ao titular de direito o exercício da pretensão, se não pode, com ele, obter o adimplemento. Seria rematado erro ter-se todo prazo novo como criativo de exceção; tal pacto, somente no plano da eficácia da pretensão, para a encobrir, é raro, —

e o pactum de non petendo,

de que nasce a exceptio de non petendo. De modo que, ao dizer o §

202, V alínea, V parte, que a prescrição se suspende se foi concedido prazo para a prestação (= adiada a prestação, die Leistung gestundet isO, somente pode ter-se referido a prazo de espera, que não retardou o nascimento da pretensão, nem novou o contrato. Mas, ainda assim, de jure *condendo,* não andou bem o legislador alemão: se o credor tivesse querido resguardarse da prescrição, tê-lo-ia feito, exigindo, implícito, ou junto ao pactum de non petendo, o reconhecimento do art. 172, V, ou dando ao seu ajuste a natureza jurídica de novo prazo. No direito brasileiro, o pacturn de non petendo, gerando, somente, exceção, não impede a prescriçãO. O credor tem meios para interromper (art. 172, II, III e IV), e nada obsta a que deles se utilize; principalmente o do protesto (art. 172, II): protestar não é pedir.

2.

Exceção do possuidor. Outra exceção dilatória seria a do possuidor contra o proprietário da coisa, se ele, ou o possuidor mediato, de que lhe vem a posse, é autorizado a possuir. E.g., a do locatário que repele o reivindicante, no plano da posse, durante a locação; a do credor pignoratício; a do usufrutuário. Trata-se de contradireitos, que excluem, ipso jure, a pretensão possessória do proprietário; e toda razão teve E. Zitelmann (Ausschlt-155 der Widerrechtlichkeit, Archiu fo *r* die ciuilistische Praxis, 99, 33) para acentuar que a reivindicação prossegue, a despeito *desse* direito; o titular do direita alega-o, em exclusão para parte da eficácia da ação reivindicatória. O art. 486 do Código Civil brasileiro disse muito bem que a posse direta não exclui a indireta.

3.

Consignação em pagamento. A consignação tem o efeito de interromper a prescrição, porque há a citação (arts. 975 e 172, 1 e IV); se satisfeitos todos os pressuposto extingue a divida (arts. 972 e 974).

Tampouco é exceção a faculdade de se pagar por meio de consignação se se desconhece quem é o credor.

Aludindo às exceções dilatórias, o Código Civil alemão, § 202, alínea 2º, teve de expressamente excluir da regra jurídica, artificial, da alínea 1º, as principais: a do *ius* retentionis, a exceptio non *adimpleti contractus,* a de falta de garantia, a de excussão, as que tem o fiador,

oriundas do devedor, e as que competem ao herdeiro contra os credores da herança. Não havia, portanto, razão para se pôr a regra jurídica do § 202, alínea 1ª, 1ª

parte. Tanto mais quanto se teve de levantar a questão sobre se incluirem, ou não, em tal regra jurídica os obstáculos jurídicos (ditos legais), passageiros, que impedem a ação judicial, sem que tenham caráter de exceção. Propôs A a ação de anulação da remissão da dívida de B. Durante a ação não pode prescrever a pretensão, se há atos e termos do processo, que continuem o efeito interruptivo da citação (arts. 172, 1 e 173).

Mas tal acontece, não porque a ação, durante toda a sua duração, seja interrupção da prescrição, ou porque a suspenda o processo de desconstituição, e sim porque, feita a citação, interrompida está, e somente começa a correr de novo quando se praticar o último ato do processo (art. 173, in *fine).* Se o devedor é herdeiro do credor e o crédito sai da confusão, a pretensão ressurge; dai se começa de contar o prazo de prescrição.

4.

Retenção *de* pagamento, cessão de crédito *e* exceções. A exceção do art. 939, a do art. 942, a do art.

942 combinado com o art. 851 (verbis "respectiva prova") e a do devedor contra o cessionário, de modo nenhum suspendem a prescrição. O direito brasileiro concebeu-as como direito de retenção, se bem que não seja explícito quanto à última. Essa atitude do Código Civil brasileiro afasta o interesse prático da discussão sobre se, nessas espécies, há pretensão do devedor aos documentos, inclusive da cessão, e pois ação, ou se só há exceção. Se há pretensão, o devedor tem direito de retenção; se não há, apenas há exceção dilatória, de modo que o devedor não pode ser condenado a prestar. Nos sistemas jurídicos, em que essas espécies não dão o direito de retenção, tem-se de recorrer à parecença com ele (e.g., L. Enfleccerus, *Lehrbuch,* II, 3I)-35º ed., 279, nota 16; A. von Tuhr, Der Allgemeine *Teil,* III, 5ª4, nota 109). A solução do direito brasileiro evitou ter-se de lançar mão de analogia, ou de sugestões de equidade, para se livrar o cessionário da falta do documento.

As exceções permanentes ou peremptórias *(e.g.,* a de dolo, por ter sido por ato ilícito absoluto que o credor adquiriu o crédito, que no lugar

próprio se discutiu, quanto à sua existência no direito brasileiro) não suspendem a prescrição- Não se precisa, para se chegar a tal conclusão, de se alegar que seria supérflua a suspensão, ou a interrupção. O fundamento está em serem as exceções encobridoras da eficácia das pretensões, e não extintivas da eficácia.

5.

Condição suspensiva e *prazo* inicial. Se a pretensão ou a ação concerne a algum fato que ainda não ocorreu e do qual uma ou outra depende, então de prescrição não se pode falar; o titular não exerceu aquela, ou não exerceu essa, porque não a podia exercer, ou não se lhe podia, pelo menos, exigir que exercesse. Os exemplos clássicos são as pretensões, ou ações, que só nascem quando se dá o fato, que é condição suspensiva, ao termo suspensivo, e das exceções dilatórias (exceção de espera ou do prazo concedido). Porém não se tire daí que todas as ações daquele, que tem direito ligado a condição, ou termo suspensivo, fiquem excluidas, na pendência da condição, ou do termo. O art. 170, 1, não contém mais do que tautologia: se não há pretensão, nem ação, não há prescrição; durante o tempo em que se aguarda a condição, ou o termo, não há pretensão, nem ação, — logo não há prescrição de uma, ou de outra. Se o fiduciário sonega bens, ao inventariar os bens fideicomitidos, não se aguarda que se realize a condição, ou se atinja o termo suspensivo, para que comece o prazo prescricional da ação de sonegados. A ação do fideicomissário, contra a partilha, por anulabilidade (arts. 178, § 6º, V, e 1.805), começa de prescrever desde a coisa julgada contra ele.

Tratando-se de outro negócio jurídico, conforme o art. 178, § 9º, V. O fiduciário é obrigado a inventariar (art.

1.73ª, parágrafo único). O fideicomissário pode exigi-lo. Se o fiduciário inventaria, qualquer reclamação contra o inventário tem de ser feita desde logo; e corre o prazo prescricional, conforme as ações. Se não no fez, o fideicomissário não pode exigir o inventário depois de cessar a propriedade do fiduciário (O. Warneyer, *Nommentar zum btirgerlichen* Gesetzbuch, II, 1.15ª). A ação do fideicomissário contra o fiduciário, que somente começa de correr com a realização da condição, ou do termo, é a ação *para pedir* os *bens.* O próprio não-aparecimento do fideicomissário vivo, durante dez anos, se há boa-fé, ou de vinte, permite a usucapião dos bens fideicomitidos (nosso *Tratado* dos *Testamentos,* IV, 203.

Capítulo VII

Suspensão da Prescrição

§ 678. Causas impedientes ou suspendentes da prescrição

1.

Suporte fático e insuficiência. Toda prescrição se opera pela incidência da regra jurídica, que fixa o prazo ao exercício da pretensão, quando suficiente o suporte fático. O último elemento do suporte fático a compor-se é o *tempus.* Enquanto ele não se compõe, algum dos elementos do suporte fático pode desaparecer, ou algum fato ocorrer, que elimine algum desses elementos, ou opere como diminutivo do suporte fático, tornando-o insuficiente.

O

Código Civil, nos arts. 168, 1-1V, e 170 1-111, cogitou de tais fatos, que impedem a composição do suporte fático, de modo que o *tempus* não começa de correr, ou, se já estava composto o suporte fático, somente faltando o *tem pus,* se suspende o curso desse. Daí o Capítulo II do Livro III, Título lii, do Código Civil, Parte 1, falar de causas "que impedem ou suspendem a prescrição". Se alguma pretensão nasceu depois de acontecer um dos fatos dos arts. 168, 1-1V e 169, 1-111, não começa de correr o prazo. Se antes de qualquer deles nasceu a pretensão, o curso da prescrição suspende-se: durante a existência dele, não há pensar-se em contagem do tempo; posto que se compute o que correu antes.

As causas de impedimento e de suspensão podem concorrer ao mesmo tempo, ou sucessivamente. Se sucessivas, somam-se os tratos de tempo que não lhes correspondem. Por exemplo: se a menor casou com quem fora seu tutor, há o tempo que corresponde à tutoria, que não se conta no prazo prescricional, o tempo em que não foi tutor, *que se* conta, e o tempo que se iniciou com o estabelecimento da sociedade conjugal, que também não se conta.

2.

Causas de *impedimento ou de suspensão.* Diz o art. 168: "Não corre a prescrição: 1 - Entre cônjuges, na constância do matrimônio. 11 - Entre ascendentes e descendentes, durante o pátrio poder. 111 - Entre tutelados ou curatelados e seus tutores os cura-dores, durante a tutela

ou curatela. IV - Em favor do credor pignoratício, do mandatário e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados â sua guarda." Se bem que a referência do art. 450, 1ª parte, do Código Comercial seja apenas ao depositário e ao credor pignoratício, há de entender-se, hoje, por ser exemplificativo o art. 450, 1ª

parte, que abrange as mesmas pessoas que cabem no art. 168,1V, do Código Civil. Diz o art. 450 do Código Comercial: "Não corre prescrição a favor de depositário, nem de credor pignoratício; prescreve, porém, a favor daquele, que, por algum titulo legal, sucede na coisa depositada ou dada em penhor no fim de 30

(trinta) anos, a contar do dia da posse do sucessor, não se provando que é possuidor de má-fé." A 2º parte concerne à usucapião, que, em se tratando de bens móveis, é de dez anos, em caso de má-fé, ou de três, se houve boa-fé. O Código Civil revogou o art. 450, 2º parte, porque nele se legislou, exaustivamente, sobre usucapião *(aliter,* ci. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* VI, Parte II E, 506). "O capitão de navio não pode adquirir por titulo de prescrição a posse da embarcação em que servir, nem de coisa a ela pertencente" (Código Comercial, art. 451). A regra jurídica é semelhante à do art. 450, 1ª parte:as pretensões pessoais e reais do dono do navio persistem imprescritas se a pessoa, contra quem se dirigem, é o capitão do navio. E

espécie do art. 168,1V.

3.

Sociedade conjugal. (1). Durante a sociedade conjugal não corre o prazo prescricional: se a pretensão nasce durante a sociedade conjugal, não se inicia o curso do prazo; se nasceu antes, suspende-se o curso iniciado. O ad- 168 fala de „constância do matrimônio", porém é de constância da sociedade conjugal que se trata. Assim sempre interpretamos; e o Supremo Tribunal Federal, a 19 de abril de 1932 (RD 104/202), o pôs claro: „Sem embargo do caráter indissolúvel que a nossa lei atribui à sociedade conjugal *(9,* o desquite —

importando na separação dos cônjuges — elimina a causa que determinou a suspensão da prescrição entre cônjuges. Assim, pois, a prescrição de qualquer ação resultante de direito patrimonial pode ser

invocada por qualquer dos cônjuges entre si, começando ela a correr desde o dia em que foi proferida a última sentença que pôs de modo final termo à ação de desquite." Aliás, desde o trânsito em julgado. No mesmo sentido, a 3º

Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 9 de dezembro de 194ª *(RT* 178/172; *RF* 129/178). O assunto já se discutira no próprio direito alemão, em torno do § 204; e não restou dúvida quanto a se entender

"sociedade conjugal" (E. Seckel, Die *Aufhebung íind die Wiederherstellung der ehelichen GemeinschaJt,* 15; G. Planck, *Kommentar,* 1, 5ª8; E Oedmann, *Aligemeiner Teil,* 624). Se é decretada a nulidade, ou a anulação do casamento, o cônjuge de boa-fé (= aquele a favor de quem foi declarada a putatividade) goza da imunidade prescricional do art. 168, 1; não aquele a favor de quem não no foi (quanto a esse não há razão para a *pietas).* Assim, L. Enneccerus *(Lehrbuch,* 603, nota 8), H. Dernburg (Das *Búrgerliche Recht,* 1, 5ª1, nota 6); sem razão, P. Oedmann *(Allgemeiner Teil,* 624), que entende não correr ainda contra o cônjuge de má-fé, e E. Goldmann-Lilienthal *(Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 251), 6. Planck *(Komrnentar,* 1, 5ª8) e A.

Thiesing *(Die Wirkungen nichtiger Ehen,* 108 s., 147), que negam qualquer influência, aí, da distinção entre a boa-fé e a má-fé. Divergindo de todos, entendia H. Rehbein (Das *BOrgerliche Gesetzbuch,* 1, 310) que apenas assistia ao cônjuge, contra o cônjuge de má-fé, replica doU à exceção de prescrição.

Com a regra jurídica do art. 168, 1, procuram-se evitar choques de interesses entre os cônjuges, inclusive quando pelo menos o titular da pretensão estava de boa-fé, no tocante à validade do casamento, O art. 168, 1, tem como consequência que se não inclui no tempo da prescrição o periodo em que existiu a sociedade conjugal, porém não a vida em comum; de modo que o cômputo só se inicia, tratando-se de pretensão nascida durante a sociedade conjugal, ou só se reinicia, no dia em que transita em julgado a sentença de dissolução da sociedade conjugal, ou no instante após a morte do cônjuge. A regra jurídica do art. 168,1, não incide, se a ação é de direito de família, ou de direito das sucessões, *e.g.,* a ação de anulação de testamento em que éherdeiro legítimo um dos cônjuges e um dos herdeiros testamentários ou beneficiados o outro cônjuge. Se alguma ação já tinha sido proposta contra alguém, de que um dos cônjuges herda, sucedendo-lhe na relação jurídica processual, dá-se a suspensão. Os prazos preclusivos do Código Civil, art. 178, §§ *2º,* 5º, IV, e 6º, XI, bem assim

do Código de Processo Civil, art. 445, não se suspendem.

Correm entre cônjuges, durante a sociedade conjugal, o prazo preclusivo quanto à ação do marido para anular o matrimônio contraído por mulher já deflorada (art. 178, § 1º), o prazo preclusivo das ações de abatimento de preço e de redibição (art. 178, § 2º), os prazos preclusivos das ações do art. 178, §§ 3º, 4º, 1, o prazo preclusivo do Decreto-Lei nº 4.549, de 30 de julho de 1942, art. O prazo preclusivo da ação do Código de Águas, (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1939), art. 20, parágrafo único, os prazos do art. 178, § 7º, 1

(Supremo Tribunal Federal, 23 de dezembro de 1937, 1ª 112/304) e do Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, arts. 2º-4º.

4.

Ascendentes e *descendentes.* (II). Se a pretensão nasceu depois ou simultaneamente ao inicio do pátrio poder, não começa de correr o prazo prescricional. Se nasceu antes, suspende-se o curso; *e.g.,* se o devedor reconheceu o filho credor A alusão do art. 168,11, ao pátrio poder foi infeliz. Poderia parecer que a prescri-

ção correria contra a mãe, ou a favor da mãe que não tem o pátrio poder, embora o tenha o pai. Deve-se ler o art. 168, II, como se dissesse: "Entre genitores, enquanto sob pátrio poder de qualquer dos pais." A regra jurídica é a favor do ascendente e do descendente, no que se diferença da que se inseriu no art. 169, 1, concernente aos absolutamente incapazes.

Os prazos preclusivos dos arts. 178, §§ 2º, 5º, IV, e 6º, XI, do Código Civil e do art. 445 do Código de 1973, não se suspendem. Todavia, preclusa a pretensão *quanti minoris* e a *redhibitoria,* continua a pretensão à indenização por culpa no inadimplemento da obrigação como deveria ser (arts. 1.056-1.061), bem como a de constituição negativa por dolo do que alienou ou deu o uso da coisa (arts. 92 e 147, ll~ — aquela prescritivel em vinte anos (mis. 177 e 179) e essa em quatro anos (art. 178, § 9º, V, *b).* Se houve sentença antes de assumir o genitor o pátrio poder, deve o pai cogitar da observância d art. 387, para que se vele pelos interesses do filho colidentes com os seus; se o não faz, tratando-se de menor de dezesseis anoE, pode ser responsabilizado pelo ato ilícito absoluto (art. 15ª). Se a sentença não

transitara em julgado, ou houve a representação e o tutor ou curador anterior continua com a representação ou a assistência para a ação rescisória de sentença, ou a sentença somente transita em julgado se foi representado por outrem que o genitor, ou assistido por outrem que o genitor o menor.

Se o menor está sob pátrio poder e, depois, sentença trânsita em julgado firma que eb não é filho, a prescrição não correu até o trânsito em julgado da sentença (cf. 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de agosto de 1948, *RT* 176/622). A regra jurídica do art. 168, 11, apanha os adotados (art. 378). Se o adotado vem a desligar-se da adoção (art. 373), ou se se dissolve a adoção (art. 374), começa ou continua de correr o prazo prescricional.

O

Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 5 de setembro de 1928 (RD 91/384), en:endeu que, durante a vida do ascendente, que vendeu, por interposta pessoa, a descendente, não prescreve a ação de anulação. Tal afirmativa importaria em criar-se regra jurídica a respeito de prescrição. Nenhum texto de lei permite tal ilação. Repetiu-o a 5º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1º de dezembro de 1938 *(RT*

118/663). O art. 1.132 diz que "os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam". A sanção é a nulidade (art. 145, V). Se houve interposta pessoa, a ação não é a anulação por simulação (art. 102, 1), porque se trata de *fraus legi facta.* O prazo da prescrição da ação de anulação seria o do art. 178, § 9º, V, *b),* contado da data do contrato, mas a ação, ai, é a de nulidade, qua não prescreve.

5.

Tutela e curatela. (III). Durante a tutela ou curatela não corre o tempo prescricional a favor do

absolutamente incapaz (cp. art. 169, 1), ou do relativamente incapaz, nem a favor do tutor ou do curador.

O que antes dissemos sobre os prazos preclusivos tem inteiro cabimento quanto às pessoas referidas no art.

168, III.

6. Relações *jurídicas* com *dever* de *guarda.* (IV). Tanto Clóvis Bevilacqua (Código *Civil comentado,* 1, 488) quanto L. E 5. Carpenter *(Manual,* IV, 258) entendiam, erradamente, que o legislador, no art. 168, IV, se equivocara. Tratar-se-ia de dizer que o credor pignoratício, o depositário e o mandatário não podem usucapir, e o Código Civil, art. 168, IV, estatuíra que não prescrevem as ações contra eles. Daí escrever L. E 5.

Carpenter: "Não se refere, pois, o art. 168, nº IV, às ações do devedor pignoraticio, do depositante, do mandante, contra o credor pignoratício, o depositário, o mandatário. Essas ações prescrevem ao cabo de trinta anos (Código, art. 177) e seria absurdo que, além de terem um prazo tão longo de prescrição, ainda gozassem do favor da suspensão. Com efeito, paga a divida pelo devedor pignoratício, se o credor não quiser restituir os bens empenhados, nasce para aquele a ação de excussão de penhor, com a qual nada tem de ver o art. 168, nº

IV. Também coisa alguma tem de ver com o art. 168, nº IV, a ação que nasce com o depositante, quando, reclamados do depositário os bens depositados, este se recusa a restitui-los. Finalmente, nada tem de comum com o art. 168, nº IV, a ação que nasce para o mandante quando, reclamados do mandatário os bens confiados à administração deste, não os quer entregar. O art. 168, nº IV, portanto, está, no Código, mal colocado: o seu lugar próprio seria em seguida aos arts. 553 e 619 que se referem à suspensão do curso do usucapião." De modo que se teria de considerar não-escrito, aí, o art. 168, IV, mas escrito sob os mis. 553 e 619, onde, aliás, há referência a ele. O Código Comercial, no art. 450, 1ª parte também disse: „Não corre prescrição a favor de depositário, nem do credor pignoraticio."

No fundo, L. F. 5. Carpenter vadeou em mar de trapalhadas. Disse ele: paga a dívida pelo devedor pignoraticio, se o credor não quer restituir os bens empenhados, nasce àquele "a ação de excussão do penhor (sic), com a qual nada tem de ver o art. 168, nº IV". Primeiro, a ação que nasce ao devedor, que pagou a divida garantida com penhor, não é de excussão, — é de restituição. Segundo, não se pode, com tanta facilidade, dizer que se há de considerar não-escrito o art. 168, IV (Manual, IV, 25ª: "se esse dispositivo não se devesse reputar não-escrito"). A lei suspende a prescrição de *quaisquer* pretensões contra o credor pignoraticio; e são elas: a ação de restituição, se contra o crédito havia pretensão constitutiva negativa ou exceção peremptória,

que foi exercida; a ação de restituição, nos penhores de muitas coisas que devam ser resv tituidas à medida que diminua o crédito; a ação de restituição, se foi restrita temporalmente (termo, ou condição) a garantia; a ação de restituição, solvida a dívida; a ação de indenização por dano àcoisa empenhada (inc. 774); a ação para haver os frutos, se hão de ser percebidos pelo devedor ou pelo terceiro empenhante (cp. art. 774, II); a ação para haver o que exceder ao crédito, se a coisa teve de ser vendida (art.

774, III).

O que concernia à usucapião, no Código Comercial, era o art. 450, 2º parte; razão por que está derrogado. Os dois intérpretes é que pretendiam dar interpretações absurdas.

(a)

Se o credor pignoraticio, o mandatário, o depositário, ou outra pessoa que tem dever de restituição, não restitui, o prazo prescricional não corre. Por isso mesmo, se qualquer deles aliena a coisa, a prestação que nasce contra o sucessor é que começa a prescrever (Agostinho de Bem Ferreira, Suma *da Instituta,* 1, 14ª). O

art. 168,1V, atende a que a prescrição, ai, serviria à má-fé e se mostraria descaso pelo titulo da posse mediata (cf. Gabriel Pereira de Castro, Decisiones, 112: “contra proprium instrumentum aput se servatum non potest allegari ignorantia”). Tal a ratio *legis*.

A pretensão dos institutos de previdência contra empregador, que recebe as contribuições, é prescritivel, mas suspende-se o curso da prescrição a favor do empregador (3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12

de fevereiro de 1947, RT 166/565).

As ações que não prescrevem são as ações relativas aos bens confiados â guarda de alguém. Leituras apressadas levaram alguns juizes a afirmações absurdas (e.g., o art. 168, IV, protegeria o mandatário quanto à sua remuneração, 1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 19 de outubro de 1942, *RT* 143/176, erro grave porque o art. 168, IV, só determina a suspensão da prescrição a favor do mandatário, no tocante aos bens guardados, isto é, das pretensões de

restituição e de indenização).

O Supremo Tribunal Federal, a 26 de agosto de 1932 *(RD* 110/110), julgou que não corre prescrição entre condôminos, devido à relação especial entre eles. Tal afirmativa, errônea, provém de confusão entre pretensões que derivam da comunhão (não importa se com propriedade, composse ou comunhão de créditos), qual a pretensão à divisão, que é imprescritivel (muito diferente de lhe ficar suspensa a prescrição), e pretensões que derivam da administração do bem comum, como a de prestação de contas, as de indenização por atos ilícitos relativos ou absolutos, a de contribuição às despesas e a de reembolso. Todas essas pretensões são prescritíveis; aquela, não. *Se* o condômino é *administrador,* só se suspende, em virtude do art.

168,1V (uerbis "pessoas que lhes sao equiparadas"), a prescrição das ações relativas aos bens confiados à sua guarda. A prescrição das ações a favor dos outros condôminos não sofre suspensão.

(b)

O herdeiro ou sucessor pode, de regra, alegar ter corrido, desde a abertura da herança ou sucessão, o prazo prescricional, a seu favor, quanto a bens confiados â guarda do sucedido. Tais pretensões contra ele são prescritiveis, e não se suspende o curso da prescrição. O art. 168, IV, não pré-exclui o curso da prescrição contra o herdeiro ou sucessor do credor pignoraticio, do mandatário, ou de outra pessoa a algum desses equiparada. Ativamente, a pré-exclusão do curso da prescrição aproveita aos herdeiros e sucessores: o herdeiro ou sucessor do devedor pignoratício, do mandante, ou da pessoa que deu bens em guarda, pode invocar o art. 168, IV, — não, porém, contra o herdeiro ou sucessor do guardião. Cumpre, porém, atender-se a certas diferenças.

a)

A pretensão contra o comodatário pelos danos à coisa pode nascer durante o comodato. A ação de restituição supõe ter terminado a relação jurídica de comodato. Não prescreve em vida do comodatário. Se a relação jurídica do comodato passa aos herdeiros, ou sucessores, tais herdeiros, ou sucessores, são comodatários, e contra eles vão as pretensões que iriam contra o sucedido. Se não passa, a ação contra o terceiro começa de correr, como teria começado se, durante a permanência do comodatário, o bem tivesse ido a outrem.

b)

A pretensão contra o depositário pelos danos à coisa pode nascer durante o depósito. A ação de restituição supóe ter terminado a relação jurídica de depósito. Não prescreve em vida do depositário. A relação jurídica de depósito não passa aos herdeiros, ou sucessores; não são esses depositários; e contra eles vão as pretensões que se iniciariam contra o terceiro, que recebesse a coisa depositada, pendente o depósito.

Corre a prescrição. O herdeiro, ou sucessor, pode alegar que é apenas um dos herdeiros do depositário e somente responde por sua rata (L. 7, § 1, D., *depositi veZ contra,* 16, 3; Código Civil, art. 1.796). O cônjuge meeiro pode alegar que o depositário foi o outro e a obrigação seria por ato ilícito (art. 263, VI), sem ter havido proveito para o casal (Decreto nº 24.216, de 9 de maio de 1939, art. 2º L. 2, ne uxor *pro* manto *vel maritus pro* uxore *vel mater pro* filio *conveniatur,* 4, 12). Se houve proveito para o casal, há a *condictio,* que é, ai, princípio geral de direito e pode basear-se no art. 2º do Decreto nº 24.216, de 9 de maio de 1939, que diz: "A obrigação de indenizar por motivo de atos ilícitos não é excluída da comunhão, quando os mesmos tiverem proporcionado qualquer proveito ao casal" (cp. art. 255, de que também resulta a condictio).

c) A pretensão contra o mandatário e outras pessoas que a ele se equiparam pelos danos à coisa pode nascer durante o contrato, ou ato jurídico. A ação de restituição supõe ter terminado a relação jurídica (art. 1.316). A prescrição não corre a favor do mandatário, quanto aos bens em sua guarda; corre, a favor dos herdeiros, ou sucessores. Os herdeiros respondem in solidum, salvo alegação de *pro rata,* ou nas espécies dos arts. 1.322 e 1.303.

d) A pretensão de indenização contra o credor pignoratício pode nascer durante o negócio jurídico de penhor.

A de restituição nasce com a extinção da divida. Aquela não prescreve, nem essa, em vida do credor pignoratício (no direito anterior, prescrevia em trinta anos, L. 9, § 3, D., *de pigneraticia actione vel contra,* 13, 7; L. 10 e L. 12, C., *de pignoribus,* 8, 13; Correia Teles, *Doutrina* das Ações, § 333, nota 1, 326). O prazo corre a favor do herdeiro ou sucessor.

(c)

O art. 168, IV, fala de herdeiros, tratando-se de titulares das pretensões oriundas de depósito, de penhor, de mandato ou de outra

relação jurídica de guarda *(uerbis* “contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros”); não a propósito do devedor pignoratício, do mandatario, ou depositário, ou de outro guardião de bens. Portanto, corre a prescrição a favor dos herdeiros de tais pessoas, se bem que não corra contra os herdeiros daquelas. Há ainda a considerar-se que a referência foi só a herdeiro, e não a sucessor; donde a questão de interpretação da lei: o art. 168, IV, há de ser entendido a) como se se referisse só a herdeiros, ou bi a expressao, defeituosa, apanha herdeiros e sucessores? A resposta é no sentido de b). “Herdeiros” está, no art. 168,1V, inadvedidamente, por herdeiros e sucessores.

7.

incapacidade absoluta e outras causas subjetivas. Diz o art. 169 do Código Civil, regra jurídica igualmente incidivel em matéria civil e comercial: “Também não corre a prescrição: 1 - Contra os incapazes de que trata o art. 5º. II - Contra os ausentes do Brasil em serviço público da União, dos Estados, ou dos Municípios. III -Contra os que se acharem servindo na armada e no exército nacionais, em tempo de guerra.” Cr. Código Comercial, art. 459; adiante, nº 10.

8.

incapacidade absoluta. (V) Contra os absolutamente incapazes, não corre a prescrição: contra a pretensão que nasceu depois da incapacidade absoluta, ou que resulta de direito que se transmitiu ao absolutamente incapaz, não começa de correr o prazo; contra a pretensão que nascera à pessoa, antes de se tornar absolutamente incapaz, suspende-se o curso do tempo: o que correu está corrido; continuará de correr quando cessar a incapacidade absoluta.

A incapacidade absoluta existe pelo fato da incapacidade; portanto, a suspensão ocorre desde que tal fato se dá, independentemente de qualquer sentença, ou registro (Tribunal de Justiça de São Paulo, 6 de maio de 193ª, *RT* 89/459; 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de novembro de 1939, 125/618).

9. *Ausentes em serviço público.* (VI) A ausência em serviço do Estado (União, Estados Federados e Municípios) é causa de se não iniciar, ou de se suspender o curso do tempo prescricional. Quanto às autarquias estatais, nenhuma dúvida pode haver, respeito àpessoa que está em serviço delas. Quanto às autarquias paraestatais (sobre a diferença, já nossos *Comentários à Constituição de 1946,* II, 56 s., 350-362), o serviço somente é público se o enviado é nomeado pelo Estado, ou se há lei que o equipare a funcionário público.

Somente se conta a prescrição, respeito aos que se acham ausentes, em serviço público, a partir da chegada (Supremo Tribunal Federal, 26 de agosto de 1932, *RD* 111/272, *AJ* 25/282).

10. *Serviço de guerra.* (VII) No art. 45ª do Código Comercial, que corresponde ao art. 169 do Código Civil, diz-se: "Contra os que se acharem servindo nas armadas ou Exércitos Imperiais em tempo de guerra, não correrá prescrição, enquanto a guerra durar, e 1 (um) ano depois." Há, pois, a diferença concernente ao ano após a guerra, se a pretensão é regida pelo direito comercial. Numa e noutra espécie, deve-se entender "forças armadas" onde se fala de armada e exército. Aliás, durante as guerras, soem aparecer *leges specia les,* às vezes extensivas ao serviço nas forças armadas aliadas; *e.q.,* Lei nº 1.025, de 30 de dezembro de 1949, e Lei n0 19, de 10 de fevereiro de 1947.

"O favor estabelecido no art. 169, nº III, do Código Civil e no art. 45ª do Código Comercial, estende-se também aos que, em tempo de guerra, servirem em quaisquer outras organizações militares do Brasil ou de nações suas aliadas, ainda que sem licença do Governo Brasileiro" (Lei nº 19, de 10 de fevereiro de 1947, artigo único). Os pressupostos foram: a) serviço de organização militar do Brasil, ainda que não se tratasse do Exército, da Armada, ou da Aeronáutica, ou de nação aliada do Brasil; *b)* ser a prescrição, em direito internacional privado, regida pela lei brasileira; *c)* ter-se dado o serviço após 15 de fevereiro de 1947, data da publicação. A regra jurídica do artigo único apanhou as pretensões das pessoas que entraram em serviço sem licença do Governo brasileiro e as pretensões que corriam ao tempo do serviço a 15 de fevereiro de 1947.

11. *Prazos preclusivos.* Também a respeito das causas de suspensão, de que cogita o art. 169, os prazos preclusivos nao sao atingidos. A ação rescisória de sentença em que seria autor o absolutamente incapaz

preclul com o biênio; bem assim quanto às pessoas de que fala o art. 169, II e III.

12. *Alcance* do *art. 169.* O art. „169, 1111, incide em quaisquer relações de direito privado ou público; e.g., pensões e dívidas oriundas de legislação do trabalho, acidentes do trabalho (5º Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 4 de junho de 1936, RT 111/695; 1º Turma do Tribunal Federal de Recursos, 9 de setembro de 1948, *AJ* 98/396; 6º Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de setembro de 1950, RT 190/942).

Quando a pretensão é imprescritível, é errôneo referir-se o art. 169, ou outra qualquer regra juridica de suspensão~ ou interrupção: só se suspende ou interrompe o que *poderia correr.* Não deixa de ser o não-ser.

Por exemplo: as ações de partilha e de divisão são imprescritíveis; seria fora de propósito falar-se de suspensão, ou de interrupção. Se se trata de ação de partilha, ou de divisão (5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 5 de fevereiro de 1936, *RT* 103/263), o art. 169, 1,11 ou iII, é sem incidência. O Tribunal de Apelação do Ceará, a 17 de março de 1944 *(RJD* 1º, 1944, 292), decidiu que não corre a prescrição da ação de partilha se entre os herdeiros há menor Primeiro, a ação de partilha é imprescritível; segundo, a prescrição da ação de anulação de partilha, coisa muito diferente, tem o conteúdo e o prazo dos arts. 1.805 e 178, § 6º, V, e a de nulidade de partilha é imprescritivel; terceiro, o que não corre é a prescrição contra o incapaz, não contra os outros interessados, salvo incidência do art. 171 (certo, a 5º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 2 de setembro de 1936, *RT* 105/228; 2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 14

de agosto de 1946, *J* 28/ 3ª, relator Erasto Correia: "Esse beneficio, instituido em virtude de considerações de ordem pública, de regra só aproveita ao menor, não se comunicando aos que com ele se associam no litígio", se bem que, in *casu,* achasse indivisível a pretensão à anulação do contrato). A 1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de abril e a 17 de julho de 1944 *(RT* 155/670/151/687), sustentou tese de contagiação do beneficio, tese, admita-se, evidentemente errada.

13. *Reclamação perante a* administração. Há duas fases legislativas. (a) A reclamação à autoridade administrativa interrompia, punctualmente, a prescrição *(técnica da interrupção),* qualquer que fosse a forma (Supremo Tribunal Federal, 18 de setembro de 1921, *RSTF* 4ª/132). O Decreto nº 5.761, de 25 de junho de 1930, disse (art. 1v): "Não corre a prescrição de que trata o art. 178, § 10, VI, do Código Civil, durante a demora que, no estudo, no reconhecimento, na liquidação e no pagamento da dívida, tiverem as repartições ou funcionários que dela se ocuparem." No parágrafo único: "Corre, entretanto, durante o tempo em que o credor se retardar em satisfazer as informações que lhe forem reclamadas, relativas ao esclarecimento de seu direito." No art. 2º:

"A prova da entrada de requerimento do credor, nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação de dia, mês e ano, bem como o certificado do Correio da remessa, em tempo, dos esclarecimentos reclamados, provam a data em que se interrompeu a prescrição." O dia de entrada ou de remessa não se contava, mas contava-se desde o dia seguinte, inclusive, àquele em que se desse ciência ao credor da exigência de esclarecimentos, se não foi fixado prazo, ou desde o dia seguinte àquele em que esse prazo expirasse. A prescrição ficava interrompida, em virtude do Decreto nº 5.761, quer se tratasse do pedido de pagamento (cobrança), quer de pedido de liquidação (se a divida não é liquida há de ser liquidada), quer de reconhecimento negocial, ou simplesmente ato jurídico stricto sensu (cf. Código Civil, art. 172, V). A interrupção duradoura ou lineal foi a solução adotada pelo Decreto nº 5.761, de modo que, desde tal data, havia interrupção lineal, e não interrupção punctual (Supremo Tribunal Federal, 28 de agosto de 1950, *DJ* de 18 de dezembro de 1950, 7.398, que aliás errou em afirmar que antes não interrompia). Enquanto durava o exame pela Fazenda Pública, não corria a prescrição (19 de agosto de 1948, *DJ* de 27 de março de 1950, e *RT*

186/938). Da expressão "interrompeu", usada pelo art. 2º, tirou a Corte de Apelação de São Paulo que a demora administrativa importava em interrupção da prescrição, e não em suspensão. O que se dava era que se interrompia, à semelhança do que se passa com a citação nos processos, segundo o art. 173, 2º parte ("do último ato do processo para a interromper"), com a particularidade de se contar o prazo quando havia retardamento nas exigências de informações (Decreto nº 5.761, art. 1º, parágrafo único).

(1,) Ao Decreto nº 5.761 sobreveio o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que adotou a *técnica da* suspensão "ex *tunc"* (arts. 4º,

parágrafo único: “suspensão da prescrição”; e “efeito de suspender”); de modo que a jurisprudência a respeito do Decreto nº 5.761 é obsoleta. Os arts. 7º-9º do Decreto nº 20.910 é que se referem à interrupção da prescrição; não, os arts. 4º e 5º (cf. 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, 6 de julho de 1948, *AJ* 93/469; impropriedade de terminologia, na decisão da 2º Turma, a 1º de outubro de 1948, *AJ* 93/473). Para a interrupção somente nos interessam, portanto, os arts. 7º, 8º e 9º. O art. 7º, que disse não interromper a prescrição à citação inicial se, por qualquer motivo, for anulado o processo, não derroga o art.

172, 1, *la* specialis sobre citação e o protesto judicial, quanto à eficácia interruptiva da citação ou do protesto em juízo incompetente; e, se o houvesse derrogado, teria sido derrogado, por sua vez, pelo Código de Processo Civil de 1939, art. 166, § 1º. O art, 82 só se referia às dívidas passivas da União, dos Estados Federados, dos Territórios e dos Municípios, mas sobreveio o Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, art. 2º. O art.9º incide, qualquer que tenha sido a parte decorrida do prazo: se prescriçao é de cinco anos e a interrupção só se dá no primeiro ou no segundo ano, ou no penúltimo dia do prazo, não importa, — só se reinicia pela metade do prazo, que é o de dois ,anos e meio (2ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, de fevereiro de 1944, *RT* 151/108). Se houve suspensão, e interrupção, o art. 9º não incide.

Não importa se a divida, objeto da reclamação administrativa,é liquida ou não (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 26 de outubro de 1944, RF103/274); nem importa se já foi proposta,judicialmente, a ação (2ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, 1º outubro de 1948, *AJ* 93/473). Se há recurso administrativo

continua de incidir o art. 4º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, bem assim o pedido de reconsideração (cf. o que estatui no Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939, art.222, parágrafo único; 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de SãoPaulo, 17 de fevereiro de 194ª, *RT* 179/163).

3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abril de 1947 *(J* 29/209), discutiu se a reclamação administrativa interrompe, ou suspende: decidiu, acertadamente, que suspende, contra o voto vencido, que entendia dar-se, de acordo Decreto nº 20.910, interrupção, citando outras decisões *(J* 2169 e 26/410; *RF*

88/119). Ora, os aris. 4º-6º do Decreto nº *t* 20.910 referem-se à suspensão pela reclamação administrativa; arts. 7º-9º, à interrupção

pelos meios regulares. O art. 3º do Decreto nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, somente se refere aos casos de interrupção.

(No acórdão do Tribunal Federal de Recursos, a 31 de agosto 1948, *AJ* 93/469, o relator incorre em grave confusão considerando para suspensão da prescrição o prazo do art. 8º. O art. 9º não fala de suspensão, nem o art. 8º.)

Diz o art. 6º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932: "O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescrevve em um ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar." Convém ainda observar que o mesmo decreto não "~altera (os prazos preclusivos e) as prescrições de menor prazo" quie o estabelecido pelos mis. 1º e 6º "constantes das leis e reguilamentos, (os quais e) as quais ficam subordinadas às mesmas regras". O prazo mesmo é preclusivo.

Findo ele não mais se pode reclamar administrativamente, mas subsiste a ação, contra a qual começou de correr o prazo prescricional e não se suspendeu com a~ reclamação administrativa, porque essa, *ex hypothesi,* não ocorrreu (grave confusão entre o prazo preclusivo do art. 6º do Decreto rnº 20.910 e o prazo prescricional do art. 1º ou do art. 2º no accórdão da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de agosto de 1944, RT 154/114 s.) A reclamação administrativa suspende *ex* tunc qualquer prescrição (e.g., da ação de retificação das vantagens da inatividade, 2ª Câmara do Tribunal de Justiçça do Rio Grande do Sul, 2 de janeiro de 1947, *J* 29/56). Questão delicada é a de se saber se a reclamação administrativa suspendde o prazo preclusivo do inc. 2º do Decreto nº 20.910. A reclama4ção administrativa é exercício da pretensão, de modo que, exercicdo o direito, dentro do prazo, estaria satisfeita a exigência legal. O) problema é o de se saber se o Decreto nº 20.910 considerou quie o prazo preclusivo começa a ser contado do despacho administtrativo, de que teve ciência o interessado, ou se continua, ou se nãÃo mais há prazo preclusivo. A última seria a solução mais acordie com os princípios gerais, porém a legislação especial estava saturada de certa mentalidade, que se não conciliava com os princíyrios gerais. Restam as duas outras: a) a de se ter de considerair o prazo preclusivo como suspenso, no sentido técnico, ou corrno impedido. A verdadeira solução é essa, que corresponde ao cconceito de suspensão ex tunc. No tocante ao curso da prescrição,, a suspensão *ex tunc* equivale à interrupção, porém o legislador brasileiro atribuiu

efeito encurtador, para o futuro, à interrupçáco, sem no fazer no tocante à suspensão; de modo que se torna irmportante, em teoria e na prática, a distinção entre a suspensão *ex tunc* e a interrupção. O que mais interessa é saber-se que, etm caso de reclamação administrativa, a sua propositura, dentro do prazo para ela, tem como conseqüência pôr-se de lado todo o passado temporal, podendo reiniciar-se (não continuar, porque o passado foi abluído) a prescrição, se há demora do reclamante que se possa incluir na espécie do art. 5º do Decreto nº 20.910, abstraída de hipótese a Lei nº 2.211, de 31 de maio de 1954, art. 1º. Aliás, tal suspensão tem por consequência que o prazo preclusivo, não se tendo iniciado antes (pelo efeito *ex* tunc da reclamação administrativa), só se inicie quando cesse, no futuro, a suspensão de que trata o art. 4º do Decreto nº 20.910. Em verdade, não se trata de suspensão do curso do prazo preclusivo; trata-se de eficácia *ex tunc* da reclamação administrativa, impedindo que o prazo não completado se tenha como corrido. Surge o problema de se saber se, sendo preclusivo o prazo, a demora do titular do direito em prestar os esclarecimentos que se lhe exigirem, ou a inércia processual, faz correr, aos pedaços, o prazo preclusivo. Se, *de iure condendo,* melhor seria outra solução, o art. 5º do Decreto nº 20.910 dera solução no sentido de tal fluência, *de leqe lata.* Não se tratando, como não se trata, de interrupção da prescrição, no art. 4º do Decreto nº 20.910, não há invocar-se o art. 8º, nem o art. 9º

do Decreto nº 20.910, nem tampouco a 1ª parte do art. 3º do Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942.

O art. 4º do Decreto nº 20.910 é da mais alta relevância, em se tratando de dividas passivas das entidades estatais e paraestatais, porque há prescrições e prazos preclusivos de menos de cinco anos. A primeira questão que surge é relativa à eficácia da reclamação administrativa quando o prazo for menor de um ano, sem se ter previsto em lei especial prazo menor na espécie. Havemos de entender que a reclamação administrativa em tais casos tem de ser dentro do prazo prescricional ou preclusivo, menor de um ano, ou de um ano. Então, terá o exercicio do direito à reclamação administrativa a eficácia suspensiva, *ex tunc,* de que falamos. Nem se poderia chegar a outra conclusão diante do art. 10 do Decreto nº 20.910, que diz: „O

disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras.“ Subordinadas às mesmas regras as prescrições e as preclusões: mesmas regras são as regras dos arts. 4º e 6º — dada a revogação do art. 5º pela Lei nº 2.211, de 31 de maio de 1954, art. 1º

—„ referentes à reclamação administrativa, com a sua eficácia suspensiva *ex tunc,* e os arts. 7º, 8º e 9º, que dizem respeito à interrupção da prescrição (não dos prazos preclusivos).

Se a reclamação administrativa foi fora de tempo, não suspende a prescrição (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de novembro de 1944, RT 156/632).

14. Código Comercial, *art. 4º.* No art. 4º I, estatuiu o Código Comercial: "Todos os prazos marcados neste Código para dentro deles se intentar alguma ação ou protesto, ou praticar algum outro ato, são fatais e improrrogáveis, sem que contra a sua prescrição se possa alegar reclamação ou beneficio de restituição, ainda que seja a favor de menores." A alusão final foi à restitutio in integram, que não mais se tem no sistema juridico brasileiro nos termos do direito anterior, e o art. 4º I, in *une,* teve por fim pó-la de lado, em matéria comercial. Nada tem com a suspensão da prescrição (arts. 168, li e 111, e 169,1), nem com a restituição nas decretações de nulidades e de anulabilidade (art. 158), de resoluções, ou de redibições, ou de rescisões.

15.

Domingos e dias feriados. O art. 125 do Código Civil não incide em matéria de prazos prescricionais; nem, tampouco, o art. 125, § lº, que diz considerar-se prorrogado o prazo até o dia seguinte, se o dies ad quem cai em domingo ou dia feriado (P. Oertmann, *Alígemeiner Teu,* 579; C. Crome, *System,* 1, 5ª9; cl.

Biermann, *Borgerliches Recht,* 351; G. Planck, Kommentar, 1, 550; O. Rutz, *Die gesetzliche* Befristung, 38; Scherling, Auf welche Fristen findet § 193 8GB. Anwendung?, *Gruchots Beitrâge,* 51, 129 s.) Pillmayr, Ist die Klagerhebung aIs Abgabe einer Willenserklãrung im Sinne des § 193 zu betrachten?, Seu *Jferts Blãtter,* 71, 574 s.; A. von Tuhr, *Der Allgemeine* Teu, III, 5ª8; sem razão: E. Hõlden *Allgemeiner Teu,* 416; H.

Dernburg, Das *Búrgerliche Recht,* 1, 581, nota 1; Rudorff, lst § 193 8GB. Auf erjährungsfristen anwendbar?, *Archiu Iàr die civilistische Praxis,* 102, 4ª ; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, § 202, nota 5). O argumento de que os atos para se interromper a prescrição são prestações de declarações de vontade é sem qualquer valia; bem

assim, o de que se deve invocar o art. 125, § 1º (Código Civil alemão, § 193) por analogia.

Tampouco, havemos de pensar em incidência do art. 125, § 1º, tratando-se de usucapião.

§ 679, Incontagiabilidade da suspensão

1.

Princípio da separação das pretensões. Quanto aos prazos de prescrição das pretensões que não suscitam litisconsórcio necessário unitário, não são atingíveis pela suspensão ou interrupção. Cada um dos legitimados pode ficar exposto à prescrição ainda que algum ou alguns dos outros tenham a seu favor regra juridica sobre suspensão. Dai ter-se de pôr de lado a generalidade desabusada do acórdão da 5º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 22 de agosto de 1939 (RT 95/425), que considerou não-prescrita a pretensão somente porque alguns dos autores da ação eram absolutamente incapazes.

Os fatos que se produzem na pessoa do credor singular só influem, de regra, sobre o seu crédito (princípio da personalidade dos efeitos). Cada pretensão tem a sua prescrição; a suspensão e a interrupção da prescrição só atingem as pessoas que se acham na relação. O art. 171 diz: "Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros, se o objeto da obrigação for indivisivel." Na L. 4, C., *de duobus reis stipulandi et duobus reis promittendi,* 8, 39, cuidou-se da interrupção da prescrição nas obrigações correais. Depois de se assentar que éhumano, dando-se no mesmo contrato interrupção, ou reconhecimento, serem todos os devedores compelidos, justamente, a solver a divida, sejam muitos, ou um só o credor, se firmou que aos outros credores aproveitaria a interrupção ou reconhecimento quanto a um. No Código Civil argentino, o art. 3.981 estatuiu: "El beneficio de la suspensión de la prescripción no puede ser invocado sino por las personas, ó contra las personas, em perjuíclo o á beneficio de las cuales elIa está establecida, y no por sus cointeresados ó contra sus interesados." E o art. 3.982: "La disposición dei articulo anterior no comprende las obligaciones 6 cosas reales indivisibles." A generalidade espanta. O art. 171 tem de ser interpretado partindo-se

do conceito de obrigação indivisível (axts. 889-895).

2. *Comunhão.* Quanto à pretensão à quota na herança, não há prescrição. A pretensão a alguma prestação de outrem como sucessor do decujo, ou como um dos titulares da pretensao a indenização por morte de alguém, prescreve, e somente deixa de correr a prescrição a favor dos titulares beneficiados pela lei (arts. 168, 1-1V, e 169,1-111; Supremo Tribunal Federal, 13 de abril de 194ª, *Ad* 93/123). A indivisibilidade é que pode influir para a suspensão quanto a todos os titulares. A 5ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 4 de junho de 1936 *(RT* 111/ 695), entendeu, invocando Lacerda de Almeida, que a pretensão em matéria de acidentes é indivisível, o que Lacerda de Almeida, não disse, nem poderia ter dito: a pretensão de alimentos é, *ainda em caso de dívida,* divisivel, porque se destina a cada pessoa e acaba para cada uma, conforme o critério legal. Repetiram o erro a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 3 de abril de 1945

(RT 157/279), e outras Câmaras, inclusive quanto à errada citação de Lacerda de Almeida. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 22 de setembro de 1939 (RT 124/712), entendeu que a ação de simulação, em caso de alienação de bens não prescreve se o curso se suspendeu para algum dos co-herdeiros. Não se tire daí que afirmou existir a ação de fraude a legitima de que falou Correia Teles, porém que TeixEira de Freitas excluira da sua edição da *Doutrina das Ações* (§ 60, 84; cf. nossa edição, 165, nota m). Resta-nos a ação de doação inoficiosa (art. 1.176), que é ação de nulidade, portanto imprescritivel, mas subsidiária (L. 4, C., *de inofJiciosis donationibus,* 3, 29; H. Dernburg, *Pandekten, III*, 7º ed., 305), de modo que se extingue com a ação do herdeiro para haver a herança possuida por outrem. No direito romano, à imagem da querela *inolficiosi testamen ti,* prescrevia em cinco anos, salvo casos excepcionais (L. 8, § 17, D., *de unoflicioso testamento,* 5, 2). No direito brasileiro, por ser ação de nulidade, é imprescritível; mas, subsidiária, depende da ação de reclamação da herança contra terceiro possuidor, ação que tem o seu prazo prescricional.

A indenização a duas ou mais pessoas é objeto de duas ou mais pretensões. O Tribunal de Justiça de São Paulo, a 16 de junho de 193ª *(RT* 94/200), entendeu que a indenização de seguro é divisível, de modo que não se dá suspensão do curso da prescrição em favor de todos se a lei cogita de suspensão de causa subjet iva.

Depende de se saber se o seguro foi a favor de A, B e C, divisivelmente ou não. A 1º Câmara, a 17 de abril de 1944 *(RT* 155/670), discutiu a indivisibilidade, em se tratando de ação de partilha, para afirmar que se suspende a favor de todos os herdeiros a prescrição, se algum deles tem o benefício da suspensão; mas não advertiram os juizes em que a ação de partilha éimprescritível.

Capitulo VIII

Interrupção da Prescrição

§ 680. Atos interruptivos

1. *Causas de interrupção.* Os atos interruptivos são os apontados no art. 172: “A prescrição interrompe-se: 1 -

Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente. II - Pelo protesto, nas condições do número anterior. III - Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores. IV - Por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor. V - Por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.” O Código de Processo Civil, no art. 219 disse: “ A citação válida torna provento o juizo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação; § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário; § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias; § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.” O Código de 1973, art. 220, estatuiu que o art. 219 incidiria e se aplicaria “a todos os prazos extintivos previstos na lei”. Quanto aos prazos preclusivos, a citação, na ação, é exercício do direito, pretensão, ou ação, de modo que se afastou a preclusão; não há pensar-se em interrupção, que diz respeito à prescrição.

2.

Ato interruptiuo praticado no estrangeiro. O ato interruptivo praticado perante o juiz estrangeiro, com jurisdição em direito internacional privado, é eficaz. Se a citação pelo juiz estrangeiro incompetente, se

bem que com jurisdição o seu país, produz eficácia de interromper, depende do direito do país com jurisdição.

Absurda a solução de não haver interrupção no estrangeiro contra nacionais *(e.g.,* G. Planck, *Kommentar,* 1, 537).

3. *Paralisação parcial.* Se o processo só se paralisou em parte, devido a ter-se restringido a demanda, cabe perguntar-se se houve renúncia (de direito material) ao direito, ou à pretensão, ou à ação, ou se houve apenas desistência parcial da demanda (sob o Código de Processo Civil de 1939, art. 207), com cessação do efeito interruptivo quanto a essa parte.

4. *Citação (1).* A citação que interrompe a prescrição, desde a data da propositura da ação, é: *a)* a que inicia processo que se dirige à declaração positiva da relação jurídica, de que se irradia a pretensão (não a que o terceiro promove para entrar na relação jurídica processual, pedindo a declaração negativa da relação jurídica de que se irradia a pretensão, ou de que ela é sem a pretensão); *b)* a que inicia processo que se dirige à condenação pela pretensão em curso de prescrever; *c)* a que inicia processo que se dirige à constituição, em virtude da pretensão em curso de prescrever; *d)* a que inicia processo, que se dirige à execução forçada, pela pretensão em curso de prescrever; *e)* a que inicia processo, que se dirige a mandamento, ainda que se trate de simples medida cautelar. O requerimento de medida cautelar (Código de Processo Civil, arts. 796-812) não constitui o devedor em mora, nem écitação para que se declare a relação juridica, ou em ação em que a declaração seja efeito que produza coisa julgada material, ou o suponha. Daí discutir-se se interrompe, ou não, a prescrição, assunto a ser tratado (§ 681, nº 5 e 10). E interruptiva a citação para homologação de sentença estrangeira, sempre que o efeito, que se deseja e que é o da sentença, concerne à pretensão. A citação equivale a intimação da reconvenção (Código de Processo Civil, art. 316), cujo efeito é desde a propositura. A citação em processo criminal não interrompe a prescrição da ação de indenização (H. Rehbein, Das *Búrqerliche Cesetzbuch,* 1, 318).

Cumpre observar-se que a interrupção somente concerne àprescrição da pretensão, que é objeto de discussão no processo de que se trata. Por isso mesmo, a eficácia da citação na ação declaratória somente pode atingir a prescrição relativa à pretensão que se incluiria na declaração pedida.

5. *Protesto (II).* A segunda causa de interrupção, de que tratou o art. 172, foi o protesto. Característica do *protesto* Oudicial) é ser ato processual que supõe ou que o protestante declare o direito a respeito de si próprio, ou a emissão de manifestação de vontade complementar de outra, ou delimitadora da esfera jurídica do protestante, ou manifestação de vontade, ou comunicação de vontade de exercer alguma pretensão. Não tem efeitos que dependam de outrem; são seus. Tem por fim constituir *alto (pro)* a prova *(testar)* da intenção do agente, ou conservar algo com ela: preventivo ou não, preparatório ou não-preparatório, incidente ou não-incidente, o protesto pode também ser principal, autônomo, e assim estar fora de relação com outro processo.

O chamado "protesto pela prova *a* ou era apenas indicação das provas.

6.

Apresentação do título do crédito em juízo *de inventário ou em concurso de credores (III).* A apresentação de titulo de crédito em juízo de inventário pode não ser para cobrança (exercício da pretensão), mas apenas para se subtrair à massa inventariada o direito do apresentante, tal como se a dívida é sem obrigação *(* = crédito sem pretensão), ou se há direito e pretensão, porém não há ação. Nada impede que o credor apresente titulo de crédito, com o simples fito de ser-lhe reconhecido o direito, ainda que não possa cobrá-lo judicialmente. Em qualquer dessas espécies não há pensar-se em prescrição. Também no concurso de credores a apresentação do título nem sempre é para cobrança, se bem que seja regra, uma vez que o normal é ingressar o credor no concurso. Todavia, o art. 172, III, não somente cogita de credores que concorrem, mas também de titulares de direito que apresentem titulo no juizo concursal comum, ou falencial.

Adiante, *§* 683.

7.

Ato judicial que constitua em mora o devedor (IV). Qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor interrompe a prescrição (art. 172, IV). São atos judiciais que constituem em mora o devedor: *a)* a citação; *b)* a interpelação; *c)* a notificação; *d)* o protesto. A esse já se

referiu o art. 172,11; bem assim o art.

172, i, à citação, que pode conter elemento interpelativo ou notificatório. A propositura de demanda de conciliação judicial *(e.g.,* na Justiça do Trabalho) é ato judicial. Discutir-se-ia, diante da letra do art. 172, IV, *verbis* "ato judicial", se a demanda de conciliação, perante autoridade não-judiciária (formalmente), interrompe a prescrição; e a resposta teria de ser afirmativa, porque "judicial" está, ai, em sentido material, isto é, de função de julgar. Se a alguma autoridade administrativa cabe julgar, a propositura perante ela tem efeito interruptivo, bem assim quando a sua audiência é indispensável à propositura da ação. Também interrompe a prescrição o exercício do direito à compensação, em qualquer juízo, ainda que não logre resultado. A citação do terceiro, na ação de evicção, de cujo bom êxito dependa a pretensão, interrompe a prescrição (art. 178, §§ 2º e 5º, IV), desde a data da propositura da ação. Bem assim, desde a propositura, a citação do terceiro que, em caso de se decidir desfavoravelmente algum pleito, tem de prestar garantia.

Se a mora proveio de citação, ou de protesto, o efeito interruptivo foi da citação, ou do protesto, observadas as regras jurídicas do art. 172 do Código Civil e do art. 219, §§ 1º-4º, do Código de Processo Civil, podendo, portanto, ter sido despachada por juiz incompetente a petição. Cumpre observar-se que há protestos judiciais que interrompem a prescrição, se bem que não constituam em mora o devedor, razão bastante para se ter dado ao protesto lugar especial no art. 172 do Código Civil. Se a mora provém de interpelação ou de notificação, poder-se-ia discutir a incidência do art. 219, §§ 1º-4º, do Código de Processo Civil, pois no art. 219, §§ 1º-4º, do Código de Processo Civil só se falou da citação *(verbis* "a citação válida interrompe a prescrição"). A so-lução tem de ser no sentido da invocabilidade do art. 219, §§ 1º-4º, não só porque na tradição de nosso Direito, os arts. 167 e 168 do Código de 1939, já submetiam as notificações e as intimações às regras da citação, como porque o Decreto-Lei nº 6.790, de 15 de agosto de 1944, também ele, insistira em referência ao direito material. Outra questão é a concernente à incompetência do juiz, que deferiu a notificação ou intimação. O Código Civil, art. 172, 1 e II, aludiu à citação e ao protesto; também o Código de Processo Civil, art. 219, *pr.,* só se referiu à citação. Havemos, porém, de entender que as notificações e intimações, que constituem mora e, pois, interrompem a prescrição, são também as notificações e intimações ordenadas por juiz incompetente.

8.

Ato que importe em reconhecimento da pretensão pelo devedor (ti. Tal reconhecimento, que é, pelo menos, ato jurídico *stricto sensu,* há de ser inequívoco. Importa dizer-se: na dúvida, não se entende ter havido interrupção. O ato pode ser em juízo, ou extrajudicial, ou em virtude de cominação do juiz. Há de se tratar de reconhecimento da pretensão, cuja prescrição começou de correr. O reconhecimento do direito antes de nascer a pretensão, ou o reconhecimento de alguma pretensão, antes de ter nascido a pretensão de cuja prescrição se trata, não tem efeito interruptivo, porque não há interrupção prévia.

9. *Incompetência do juiz.* Já dissemos que a lei foi clara quanto à interrupção da prescrição por citação ordenada por juiz incompetente (Código Civil, art. 172,1; Código de Processo Civil, art. 219, *pr.)* e quanto à interrupção da prescrição pelo protesto (Código Civil, art. 172, II). Também assentamos que as notificações e intimações podem ser ordenadas por juiz incompetente, sem que por isso deixem de ter eficácia interruptiva.

Resta o problema da apresentação do título de crédito em juizo de inventário, ou em concurso de credores, ou em falência, se incompetente o juiz. A Solução tem de ser a mesma, ou porque tal apresentação é seguida de citação, intimação, ou notificação, ou audiência do inventariante, ou dos herdeiros ou do devedor, ou do síndico, ou porque a lei entende que a simples apresentação importa em dever de conhecimento por parte do devedor, o que depende de regra jurídica especial

§ 681. Interrupção pela citação

1.

Interrupção da prescrição; generalidades. Os efeitos interruptivos do *art.* 172,1-111, são efeitos de direito material, ainda quando se trate, necessariamente, de ato processual; efeitos de direito material, porém não anexos, — próprios do ato citacional.

Se se alude à suspensão ou interrupção do prazo, por citação ou outra causa tem-se de pensar que se trate de prescrição (Chr. Weiss, *Verjâhrung und gesetzliche* Befristung, 69); mas a lei pode conceber o prazo preclusivo como suspensivel ou interruptível, se o faz em regra jurídica especial. Sem *lex specia lis,* não há suspensão nem interrupção do prazo preclusivo.

2. *Interrupção pela citação.* Se existe e se vale a citação, ou o protesto judicial, ou a apresentação do titulo no juízo de inventário, ou em concurso de credores, inclusive falencial, decide o direito processual, inclusive falencial (O. Warneyer, *Nom mentar,* 1, 366). Apenas o art. 172, 1 e II, atribui eficácia interruptiva àcitação, ainda que ordenada por juiz incompetente, e ao protesto, que se faça perante juízo incompetente (cp. Código de Processo Civil, art. 219, *pr.,* 4ª e 6º partes). O Código de Processo Civil apenas deu essa retroeficácia interruptiva da prescrição, se o interessado promove a citação no decêndio subsequente ao despacho que a ordenar: " A citação válida torna provento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1º A interrupção da prescrição retroagira a data da propositura da ação; § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10

(dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário; § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias; § 42 Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição." Não importa se a citação foi em ação declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou executiva, ou mandamental, com carga forte de declarativide, ou condenatoriedade, ou de execução. Nem se o juízo é administrativo ou contencioso. Se a lei processual confere à eficácia da propositura da ação ou à sentença eficácia *ex tunc,* é indiferente à incidência do art. 172, 1. A falta de simples pressuposto processual não obsta à eficácia (O. Warneven *Kommentar,* 1, 367). Só a citação requerida pelo credor pode ter eficácia interruptiva; *e.g.,* se a cessão foi notificada ao devedor (art.

1.069), não interrompe a prescrição a citação requerida pelo cedente (O. Warneyer, Kommentar, 1, 367). Se a citação foi promovida por algum representante sem poder, ou com poderes insuficientes, não opera a interrupção; mas, se o representado ratifica o ato sem poderes,

ou se toma a si o processo, antes de se concluir o prazo prescricional, a eficácia é *ex tunc.*

O

art. 219, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, subordina a interrupção da prescrição, desde a data da propositura da ação, ao fato de, no decêndio, o interessado obter a citação, ou obtê-la no tempo, até o máximo de noventa dias, que lhe foi marcado em prorrogação. Se não foi cumprido, por não ser encontrado o citando, dentro dos dez dias, ou dentro da prorrogação, tem de ser feita a citação com hora ceda, ou por edital, *antes* de expirar o prazo, ou, se é o caso, a citação por precatória. Se foi expedida precatória e não foi encontrado o citando, ao ter ciência da volta da precatória incumprida não corre novo prazo para o autor, porquanto no juízo deprecado tinha-se de fazer a citação com hora ceda, ou por edital, salvo se a precatória volta com a afirmação de se haver mudado, caso em que se pede, dentro do prazo, o que for de direito para a citação, mas já sem o efeito do art. 219, §§ 1º-4º.

3. *Extensão da ação proposta.* A citação que só se refere à parte da pretensão somente interrompe a prescrição quanto a essa parte, ainda que o autor aluda a toda a pretensão, ou se a pretensão é, por sua natureza, ou por acordo, indivisível. Se, apresentada a contestação o réu consentiu na modificação do pedido, sob o Código de 1939, art. 157, não se dava alargamento da eficácia da citação; *aliter,* sob Código de 1973, que não desconhece a. adição ao pedido (art. 294). Tratando-se da ação de indenização, em que os danos se vão produzindo, ou incide o Código de 1973, art. 290, ou o pedido o previu, ou não no previu. Nos primeiro e segundo casos, a interrupção concerne a todo o pedido até àaudiência de julgamento (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 367). Se, durante o processo, é restringido o pedido *(e.g.,* Código de Processo Civil, art. 267,

§ *4j,* quanto à parte, de que se desistiu (é de desistência que se trata, e não de renúncia, R. Pollak, System, 397 s.; sem razão, G. Neumann, *Kommentar,* II, 212 e 1.126; nossos *Comentários ao* Código *de Processo Civil de* 1939,11,81), recomeça o prazo de prescrição (O. Warneyer, *Kommentar,* 367).

Aqui, à diferença do que se passa quanto ao reconhecimento da obrigação pelo devedor (art. 172, V), a citação na ação para cobrança

de juros não interrompe o prazo prescricional da pretensão principal (G.

Planck, *Kommentar,* 1, 536). Mas, se a citação foi quanto ao principal, interrompe o prazo prescricional quanto aos juros (art. 167; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 367). A citação em ação de indenização por defeito da coisa não interrompe a ação por outro defeito; nem a citação na ação redibitória ou de minoração (arts.

1.101-1.106 e 178, §§ 2º e 5º, IV), cujo prazo é preclusivo, ressalva a ação redibitória ou de minoração quanto a outro vicio. Se o prazo prescricional da ação de indenização foi interrompido por citação em ação declaratória, a eficácia interruptiva pode vir a ser afastada, em *parte,* na ação de condenaçao ou na liquidação, se houve preceitação seguida de discussão do quanto e sentença. A citação e a sentença de improcedência na ação declaratória negativa não interrompem a prescrição (R Oedmann, *Alígemeiner Teil,* 632; G. Planck, *Kommentar,* 1, 537). A citação na ação contra o devedor interrompe o prazo prescricional contra o fiador (cf.

art. 176, § 3º; *aliter,* no direito alemão, O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 368). O *princípio da direção pessoal da interrupção* assim o exigiria, ai e alhures (cf. H. Rehbein, *Das Borgerliche Gesetzbuch, 1,* 318).

4.

Reconvenção. A reconvenção interrompe o prazo prescricional desde sua propositura (Código de Processo Civil, arts. 219 e 316); não assim o pedido de ser julgada improcedente a ação declaratória negativa.

Se o processo foi extinto sem julgamento do mérito, não tem efeito sobre a reconvenção a sentença do art.

267: a prescrição da pretensão do réu foi interrompida. Nem a atinge a decretação de nulidade do processo da ação que alcance a citação feita pelo autor

5.

Medidas cautelares constritivas. Se o credor obtém arresto de bens do devedor, ou outra medida constritiva cautelar, pela obrigação vencida, interrompe-se o prazo de prescrição, com base no art. 172,!, porque há

a citação pessoal (Código de Processo Civil, art. 802); mas tudo se passa como se não na tivesse havido, se a ação não for proposta no prazo de trinta dias, contados da efetivação da medida (arts. 806 e 808,1). A interrupção é, como de regra, instantânea. Se foi repelido, na sentença final, ou antes, o pedido de constrição, a citação não operou; não assim se éjulgado insubsistente por motivo de embargos de terceiro (G.

Planck, *Kommentar,* 1, 546; E. Riezler, *J. v. Staudingers Kommentar, 1,* 74ª; sem razão, PY Oertmann, *Allgemefner Teil,* 642). Adiante, nº 11.

Se o adquirente da coisa, em caso de vícios de fato, pede a vistoria (Código de Processo Civil, arts. 846-851), interrompe-se a prescrição. Bem assim, em se tratando de exame *ad perpetuam rei memoriarn* do locador de serviços (Código Civil, art. 1.229, 111- VI), ou do trabalhador (A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teu,* III, 53ª, texto e nota 186). Desde que houve citação. Adiante, nº 10.

6. Desistência. A desistência faz cessar a relação jurídica, *ab initio.* Todo ato que foi praticado é desmunido de eficácia pela sentença do juiz, tendo assentido o réu, ou tendo o juiz rejeitado o assentimento (Código de Processo Civil, arts. 267, § 4º). É a declaração processual de vontade, feita pelo autor, de não querer que se continue o processo. Tem-se a relação jurídica processual como nao estabelecida. Caem, até, as sentenças que foram proferidas no feito. O ato partiu do autor, é abstrato (não se há de apurar, para a verificação de efeitos, qual a causa ou motivo), e apanha a citação, em sua eficácia processual, ainda que se trate de desistência para se ir a juízo arbitral (G. Planck, *Kommentar,* 1, 542; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 372). O ato do desistente à diferença do ato do autor, positivo ou negativo, que possa dar ensejo à extinção do processo sem julgamento do mérito, é revocatório (retira a voz, vox). Não há inércia quanto ao processo, nem sofrimento de medida corretiva; há declaração processual de vontade, revocatoria (Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts.* 573). Daí a questão quanto ao efeito interruptivo.

Sob o direito anterior, a jurisprudência ora pendia para considerar a desistência como *a)* desconstituinte da eficácia interrompente, ora *b)* para a antítese. Como *a),* a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 11 de abril de 1944 (RF 101/317) e o direito alemão: se havia desistência da demanda, homologada pelo juiz, tudo se passava como se não tivesse havido a citação (A. von Tuhr, *Der*

Allgemeine Teil, 111, 532); *obter,* se o autor desistia, por tê-la proposta no juízo competente, ou se apenas pediu a remessa ao juízo competente. Como em o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 11 de fevereiro de 1932 *(RT* RV, 541); e a @

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de maio de 1939 (121/606). Em verdade, porém, a desistência só apaga a eficácia processual; se o efeito da citação fosse *anexo,* estaria afastado; é efeito próprio: precisar-se-ia de regra jurídica, como a que se formulou sobre absolvição da instância (Código de 1939, arts. 201-205), para que se tornasse sem efeito de direito material, com a desistência, a citação.

7. *Suspensão do processo.* Se ocorre suspensão do processo, por convenção das pades (Código de Processo Civil, art. 265,11), não há, no direito brasileiro, suspensão do curso da prescríçao, nem interrupcão pela duração (cf. A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 111, 532). A força maior, que suspende o processo, ou a morte ou perda da capacidade processual de alguma das partes, de seu representante legal, ou do procurador de qualquer delas, que também suspende o processo, dilata a interrupção. Por isso mesmo, dentro qualquer desses casos de suspensão do processo, e super-fluo intimar-se ou protestar-se para se interromper a prescrição. (Com isso, aliás, não se prosseguiria no processo, apenas se interromperia o prazo prescricional.) Se há convenção de não se prosseguir no processo, tal convenção somente tem eficácia processual, mas, se o juiz admite que outro caso do art. 265 (1, III, IV, a), *b), c),* V ou Vi) ocorre, há a continuação da interrupção.

8. *Despacho e citação.* Despachada a petição, se a citação não se faz logo, tem de ser *promovida* pelos interessados dentro do prazo de que o Código de Processo Civil, art. 219, §§ 2º e 3º, cogita: pode não ser realizada dentro do prazo, porque o que se exige é a diligência do interessado (Supremo Tribunal Federal, 21

de setembro de 1948, *RT* 186/938). A falta de promoção torna sem qualquer possível eficácia o despacho (2º

Turma do Tribunal Federal de Recursos, 9 de junho de 1948, *AJ* 93/469). Se a petição foi repelida como inepta, na primeira instância, ou no grau de recurso, não pode ter eficácia interruptiva; se não houve coisa julgada, seria contra a lei apurar-se da justiça, ou da instrução do pedido, para se concluir se houve, ou não, interrupção,

inclusive se incompetente o juízo da citação (sem razão, 2º Turma do Tribunal Federal de Recursos, 9 de junho de 1948; certo o voto vencido do Ministro Abner de Vasconcelos). Tratando-se de citação por edital, a publicação regular desse é formalidade necessária (54 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de novembro de 1948, *RT* 178/904), e a interrupção só se opera com a ultimação de tal publicidade, mas *desde* a data da propositura da ação. Entendeu a 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 11 de novembro de 1938 *(RT* 123/675), que não bastaria a publicação, porque o art. 172, 1, falou de citação pessoal, o que negaria eficácia interruptiva à citação com hora certa e à citação por edital. Chegar -se-ia ao absurdo (devido a apressada nota de Clóvis Bevilacqua, *Código Civil comentado,* 1, 446) de não se permitir interrupção de prescrição contra quem se escondesse (Código de Processo Civil, arts. 227-229), ou fosse desconhecido, ou estivesse em lugar incerto, ignorado ou inacessível (Código de Processo Civil, art. 231-232). Corrido o tempo para a publicação edital, opera-se a interrupção (Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 26 de novembo de 1937, *RF* 73/86), mas *ex tunc,* conforme a regra jurídica do Código de 1973, art.

219, § 1º.

9. *Nulidade do processo.* Das três regras jurídicas possíveis — *a)* processo nulo *ab* initio, citação ineficaz para a interrupção, *b)* processo nulo *ah initio,* citação ineficaz para a interrupção, salvo se a nulidade é só pela incompetência do juízo, *c)* processo nulo, ainda que não *ah initio,* citação ineficaz para a interrupção, — a terceira seria, *de iure condendo,* de repelir-se, e de modo nenhum está no direito brasileiro (cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 11 de novembro de 1932, *RT* 81/541; Tribunal de Justiça do Espírito Santo, 19 de fevereiro de 1939, 113/779; 2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 23 de fevereiro de 1942, *RT* 142/277), e temos, ainda para dívidas passivas da União, dos Estados Federados, dos Territórios e dos Municípios, ou de autarquias, a regra jurídica *b),* e não a regra jurídica *a).* Se nula a citação, — exceto por incompetência do juízo, e não tendo incidido o art. 214, §§ V e 22 (art. 24ª), do Código de Processo Civil, —

não houve interrupção da prescrição. Decretada a nulidade, ou anulado o processo, *ab* initio, sem ser por incompetência do juizo, a citação não interrompeu o curso da prescrição (4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 3 de março de 1937, *RT* 108/ 602; 3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de fevereiro de 1938,

118/687); sem razão, a 3º Câmara, a 5 de março de 1937 (107/221). Idem, quanto ao protesto judicial. Decretada a nulidade, sem ser atingida a citação, houve interrupção e continua eficaz (2º

Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de outubro de 1944, *RF* 102/473; 3º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 5 de março de 1937, RT 122/1.565; 22 Câmara, 12 de setembro de 1938, *AJ* 48/274; 4º

Câmara, 22 de fevereiro de 1939, RT 126/170 3º Câmara, 8 de setembro de 1943, 147/183; 1º Câmara do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 2 de dezembro de 1943, *AF* 15/54ª).

Se a citação não se realiza, não há pensar-se em eficácia interruptiva (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de outubro de 1938, *RT* 117/55ª); mas o comparecimento do réu a juízo supre a falta da citação (Código de Processo Civil, art. 214, § 1º), — dá-se a interrupção, como se tivesse havido citação, desde o despacho na petição.

O art. 219, § 2º, do Código de Processo Civil, refere-se a despacho, não a distribuição do feito (também assim, o art. 166, § 22, do Código de 1939: 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 25 de abril de 1946, *RT* 161/615). O pedido de assistência judiciária não interrompe (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de setembro de 1941, RT 138/ 5.871; 1º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de abril de 1949, 181/195; Câmaras Civis Conjuntas, 25 de outubro de 194ª, 184/68).

A citação do litisconsorte aos outros interrompe a prescrição quanto aos outros, não porém porque haja de ser resolvida de modo uniforme a questão, mas sim se há indivisibilidade.

10.

Medidas cautelares em geral. Discutiu-se se a citação nas vistorias, arbitramentos e inquisições *ad perpetuam rei mernoriam* (Código de Processo Civil, arts. 846, 3ª parte, 848, *pr.,* 840, 850 e 851) interrompe a prescrição. Pela afirmativa, sob o Código de 1939, arts. 676, VI e 677, a 1º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 6 de julho de 1939 *(RT* 122/317), e o Supremo Tribunal Federal, a 24 de junho

de 1944 *(JST* 1941,

[1, 105); pela negativa, a 2º Turma, 1º de julho de 194ª *(RF* 128/456), a 1ª Turma, a 4 de abril e a 4 e 18 de julho de 194ª *(AJ* 93/143 *RF* 128/122), o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 15 de abril de 1948 *(RT*

283/861) e 9 de março de 1944 *(RF* 128/516), bem como, antes do Código de Processo Civil, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 17 de maio de 1932 *(RT* 82/551). A citação no arresto, no seqüestro (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 9 de março de 1932, *RF* 54/27 1, *RT* 72/147) e nas outras medidas constritivas interrompe a prescrição (A. von Tuhr, *Der Allgemeíne Teu,* III, 533, nota 182; E. Riezler, *J. Li.Staudungers Kommentar,* 1, 73ª; P. Oertmann, *Allgemeiner Teil,* 635; J. Kohler, *Lehrbuch,* 1, 245; E. Goldmann-H.

Lilienthal, *Das Búrgerluche Gesetzhuch,* 1, 264; J. Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 367). O argumento de que, aí, a citação é somente para segurança, e não para satisfação de que se serviram alguns juristas, para negarem o efeito interruptívo às medidas constritivas, foi lançado por Hans Reichel (Die Vormerkung, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 84) e G. Planck *(Kommentar,* 1, 539); mas é sem razão de ser Quanto às vistorias, cumpria distinguirem-se, no direito anterior, as vistorias in *perpetuam rei memoriam,* que independiam do processo estabelecido no art. 685 do Código de Processo Civil de 1939, conforme resultou do Decreto-Lei nº

4.565, de 11 de agosto de 1942, e as probationes *praeparatoriae,* que estavam sujeitas ao art. 685 e, em consequência, haviam de ser tratadas àsemelhança da ação declaratória do art. 22, parágrafo único, do anterior Código de Processo Civil. Havemos de dizer o mesmo quanto aos arbitramentos e inquirições que tinham cominação, dependendo, porém, da sentença, — a citação tinha a eficacia interruptiva, se o conteúdo sentencial era de cognitio *completa* ou *incompleta* (nossos *Comentários ao* Código *de Processo Civil de 1939,1V,* 110-133). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 15 de abril de 1948, não distinguiu as perpetuações de provas e as ações de reconhecimento ou *probationes praeparatoriae,* e dai o erro; o Supremo Tribunal Federal concentrou, lamentavelmente, no fácil problema das vistorias segundo o art. 684, parágrafo único, do Código de 1939 (Decreto-Lei nº 4.565, art. 29, parágrafo único), as suas divergências.

A citação no arbitramento preparatório (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 14 de janeiro de 1931, 1W

47/501, *AJ* 17/313) e nas outras medidas preparatórias (Código de Processo Civil, art. 806), bem como no depósito preparatório (no direito processual de 1939, art. 689), interrompe a prescrição, se sobrevém, a tempo, a propositura da ação. Quando o art. 806 do Código de Processo Civil incide, a citação tem, portanto, eficácia dependente de propositura da ação de que a outra foi preparatória.

Se o sequestro ou outra medida cautelar foi concedida sem audiência da outra parte, a interrupção opera-se com a citação (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de outubro de 1938, *RT* 117/55ª), mas com eficácia *ex* tunc.

A citação em juízo conciliatório *(e.g.,* na Justiça do Trabalho, 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 17 de novembro de 1942, tU 147/724) interrompe a prescrição.

11. *Embargos de terceiro.* A 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 13 de novembro de 1939

(tU 131/678), aventirou que a oposição de embargos não interrompe a prescrição. Nada mais equívoco do que essa afirmação. Quanto ao *e.g., recurso* de embargos, é ato processual que mantém a interrupção oriunda do último ato anterior (art. 173, *verbis* "do último ato do processo para a interromper"). Quanto aos embargos do devedor, trata-se de ato do devedor executado e seria sem sentido a questão. Quanto aos embargos de terceiro, fora do concurso creditório e da falência, a ciência pelo embargado é citação, pois que se trata de *ação* de embargos de terceiro (Código de Processo Civil, art. 1.053); a interrupção é no momento em que começa o prazo ao executado, mas desde a data da propositura da ação, se observado o art. 219, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Tal como se passa em relação à reconvenção (Código de Processo Civil, art. 316).

O prazo do art. 1.053 do Código de Processo Civil pode ser por abertura de vista dos autos ou por intimação.

A execução da parte liquida da sentença (Código de Processo Civil, art. 586, § 22) não interrompe a prescrição quanto à parte ilíquida (sem razão, 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de abri]

de 1945, *RT* 160/131); quanto à parte ilíquida, o que a interrompia era a citação a que se referia o art. 907 do Código de Processo Civil de

1939; *aliter,* sob o Código de 1973, art. 611, uma vez que, "julgada a liquidação, a parte promoverá a execução, *citando* pessoalmente o devedor" 12. *Despacho.* Se a admissibilidade da via judiciária *depende* de decisão prévia, ou de despacho de autoridade administrativa, ou de designação de tribunal, ou juiz, por alguma autoridade judiciária, a prescrição fica interrompida com o despacho que for dado ao pedido. Os dez dias, a que se refere o Código de 1973, art. 219,

§ 2º, contam-se do despacho pela autoridade judicial, que de novo interrompe. Tal principio também incide em se tratando de prazo preclusívo (Oedmann *Allgemeiner Teu,* 636). Se a ação não for proposta após o despacho, pode-se discutir quanto à eficácia interruptíva do despacho; ou se entende *a)* que não se fixou prazo para a propositura (R Oertmann, *Allgemeiner Teu,* 636), o que só *lex* specialis pode fazer; ou *b)* que há de haver propositura nos trinta dias, por analogia com as espécies do art. 806 do Código de Processo Civil; ou *c)* que o há de ser nos dez dias seguintes, por analogia com o art. 219, § 2º, do Código de Processo Civil; ou *d)* que a interrupção é condicionada à citação na ação de modo que — se essa não ocorre antes de se completar o prazo prescricional como *se* o despacho não tivesse havido — perde eficácia aquela interrupção condicionada à citação. Essa é a solução que se há de adotar no sistema jurídico brasileiro (no direito alemão,

§210; no mesmo sentido, O. Planck, *Kommentar,* 1, 54ª; H. Rehbein, *Das Búrgerliche* Gesetzbuch, 1, 317; C.

Crome, System, 1, 517, nota 30).

Resta atender-se às espécies cautelares, se a medida foi ordenada como *preparatória.* A eficácia da interrupção esvai-se se a ação não é proposta nos trinta dias, porque é eficácia da medida mesma e essa a perde toda. O prazo do art. 806 *(verbis* "30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar") *é* preclusivo, mas processual, de modo que incide a Lei nº 1.408, de 9 de agosto de 1951, arts. 1º-4º, porém não os arts. 168-170 e 172 do Código Civil.

13.

Despacho na petição inicial e prazo para a promoção. A prescrição interrompe-se com a citação pessoal (pelo correio, Código de Processo Civil, arts. 222-223, por oficial de justiça, arts. 224-226 e 230 —

inclusive com hora ceda, arts, 227-229 —, ou por edital, arts. 231-232), ainda que ordenada por juiz incompetente (Código Civil, art. 172: "A prescrição interrompe-se: 1 — Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente": Código de Processo Civil, art. 219, *pr.).* A citação válida interrompe a prescrição, diz o art. 219, *pr.,* do Código de Processo Civil, que acrescenta: § 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação; § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário; *§* 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias; *§* 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição." A prescrição considerar-se-á interrompida na data da propositura da ação. Não é essa propositura que a interrompe. O direito conhece esses *efeitos adiantados,* sujeitos à apariçãO ou composição ulterior da causa. O efeito é da citação, se bem que antes dela.

Por isso mesmo, tem a parte de promovêla "nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar". Se esse prazo é insuficiente, o juiz, que no direito anterior podia (não era obrigado) prorrogá-lo, prorroga-o. O

exame, anteriormente, era dele. Para conceder a prorrogação, havia de exigir que o requerente

"fundamentasse" o motivo, quer dizer — mostrasse que a citação não foi feita, sem culpa sua, que a promovera e diligenciara. Nesse caso, a prescrição continuava a ser considerada Interrompida na data do despacho que se apusera à petição inicial. Se a citação foi feita nos dez dias, ou no prazo que resultou da prorrogação, e o citado comparece e argúi a nulidade, temos de distinguir: *a)* se o juiz pronuncia a nulidade da citação, falhou a de que dependia o efeito antecausa da propositura e somente de nova citação a que se proceda pode advir *qualquer* efeito de citação; *b)* se o juiz deixa de pronunciar a nulidade, por tê-la suprido, o efeito é desde a propositura da ação *(arg.* Código de Processo Civil, art. 214, § 12); c) se o juiz manda repetir o ato citatório ou retificálo, pode ressalvar o efeito interruptivo da propositura da ação (Código de Processo Civil, art. 24ª, *pr.).* Se o despacho não foi cumprido no prazo, o efeito do art. 219, § 1º do Código de Processo Civil *não existe* (1º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de dezembro de 1944, *Ai* 58/56), e

"haverse-á por não interrompida a prescrição (Código de 1973, art. 219, § 4ª)~ Se foi cumprido o despacho, todavia depois dos dez dias, o efeito do art. 219, *§1º*, do Código de Processo Civil não existe, mas existe o efeito normal da citação, *a partir dela.* O Código não contém regra de caducidade do despacho, nem, tampouco, a de nulidade da citação (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de agosto de 1942, *RT* 139/628); e sim regra sobre o prazo para o cumprimento, *se se pretende obter* o *efeito excepcional do art.*

219, 5 l~, do Código de Processo Civil. O despacho pode ser cumprido a qualquer tempo (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de agosto de 1942, *RT* 140/254); o efeito do art. 219, *§* 1º, do Código de Processo Civil, é que depende de ser promovida a citação nos dez dias e efetuada dentro dele ou no tempo da prorrogação. Não produz interrupção da prescrição a citação em processo extinto sem julgamento do mérito.

§ 682. Interrupção da prescrição pelo protesto judicial

1. *Protesto judicial.* O protesto para interromper a prescrição éo protesto judicial, ainda que o despache juiz incompetente (art. 172, II, *verbis* "nas condições do número anterior"; Supremo Tribunal Federal, 17 de novembro de 1933, *CJSTF* 14/837). O protesto *nulo,* sem ser pelo simples fato da incompetência do juizo, não interrompe a prescrição; falta-lhe eficácia. O protesto válido, mas sem a intimação a quem de direito (Código de Processo Civil, art. 867), é ineficaz, quiçá somente em relação a algum ou alguns dos que teriam de ser intimados; não interrompe a prescrição (assim, a Corte Suprema, a 3 de janeiro de 1936, *RT* 110/393, onde, aliás, se confunde eficácia como invalidade ou nulidade). Pode ser a pessoa incerta, se deferido o edital, com base nos arts. 231 e 232 do Código de Processo Civil. A interrupção é à data da eficácia da intimação, a que se estende tudo que se disse sobre a citação (pelo correio, por oficial de justiça, inclusive com hora certa, por edital), sendo que o art. 219, §§ 1º-4º, é de invocar-se. A interrupção é punctual, se a intimação foi do próprio ou em hora certa; lineal, se por edital (desde o dia da propositura até o último dia do edital, cf.

Código de Processo Civil, arts. 231-233 e 219, *§§* 12º42). Por isso mesmo, não cabe pensar-se em ser a data da entrega dos autos ao requerente (certo, Supremo Tribunal Federal, 14 de outubro de 1944,

RT 135/257; 12

Turma do Tribunal de Apelação de Pernambuco, 18 de fevereiro de 1945, *AF* 17/301). O protesto cambiário não é protesto judicial, podanto não interrompe prescrição (Súmula nº 153 do Supremo Tribunal Federal).

O protesto extrajudicial não interrompe a prescrição; ainda se dirigido à autoridade pública, não equivale à *reclamação administrativa* (Supremo Tribunal Federal, 29 de junho de 1938, *AJ* 54/93).

No direito alemão, não há mais a interrupção por efeito de protesto judicial; há-a, por edital (Ordenação processual civil, *§§* 202, 206 e 207), o que não se entende acertado.

2i *Espécies de protesto.* No art. 172, II, do Código Civil, diz-se éjtie o protesto interrompe a prescrição, se

"nas condições do húmero anterior", isto é, por "intimado a quem de direito" (Código de Processo Civil, art.

867, in une), ainda que incompetente o Juiz perante o qual se protestou (Código Civil, art. 171, 1). Se 6

protesto é de titulo cambiário, ou cambiariforme, há de satisfazer as exigências de competência, porque oficial de protestos não é Júiz e seria contra os princípios estender-se aos protestos perante bfIcial

"competente" (Lei nº 2.044, art. 28) a *lex specialis* do art. 172,1, in *fine,* do Código Civil. A intimação (Código de Processo Civil, art. 23ª), como a citação, pode ser por pelo correio (Código de Processo Civil, art.

238, 1º parte), por oficial de justiça (art. 239), por edital (arts. 23 1-233). Pode ainda ser pela só publicação

„dás atos no órgão oficial (art. 236 e 237, 1º parte), ou por meio do próprio escrivão (art. 237, 2º parte), pessoalmente ou por carta registrada com aviso de recebimento, conforme o intimando seja domiciliado na sede do juízo, ou fora dele (art. 237,1 e II). A regra jurídica do art. 219, *§§* 1º-4º, do Código de Processo Civil apanha as intimações. O protesto em juízo, sem a intimação, não interrompe a prescrição (4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 27 de

abril de 1938, *RF* 75/329 s.). Também não na interrompe o protesto cambiário com ou sem a "intimação" a que se refere o art. 29

26

, III, da Lei nº 2.044, de 21 de

1

dezembro de 1908, ou a certidão conforme o art. 29, IV, seguida da publicaçao, se *possível,* porque o protesto cambiário é para *nascer* pretensão, ou para efeitos de direito cambiário.

§ 683. Interrupção por apresentação do título em juízo de inventário 1. *Juízo de inventário.* O art. 172, III, fala da apresentação do titulo de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores. Assim, interrompe a prescrição a apresentação do título de crédito, se há já inventário aberto, quer se trate de divida civil quer de dívida comercial (4e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de março de 1938, RT 118/189), ainda que haja impugnação (Código de Processo Civil, art. 447; 2º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de novembro de 1939, *RT* 125/84). O requerimento do credor sem a citação para inicio de inventário é pedido de abertura ao juiz, não contém citação (art. 172,1), nem apresentação de título (art. 172, 111). Se o credor pede a citação do herdeiro único, ou dos herdeiros para darem bens a inventário, ou do cônjuge sobrevivente e do herdeiro, ou herdeiros, se a dívida é comum, a prescrição não fica interrompida pela citação, pois se trata de ação provocatória *(provocatio ad agendum),* salvo se o pedido contém a apresentação do título de crédito, ou se é precisado o que se vai pedir. Se, aberto o inventário, não se apresenta o credor, que promoveu a abertura do inventário, sem ter apresentado, desde logo, o título de crédito, a citação tornou-se ineficaz para a interrupção. O Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 14 de janeiro de 1941 *(RT* 138/742), achou que a citação para dar bens a inventário interrompe, mas sem descer às necessárias distinções. A *provoco tio ad* agendum só é ação em que a citação interrompe a prescrição se há caracterização da divida e se é ou vem a ser apresentado o título. Cumpre ainda advertir-se em que a eficácia interruptiva, se há, é somente quanto aos citados; bem assim em que,

se o credor mesmo pode abrir inventário, devido a outra qualidade (não se confunda a *provocatio ad agendum* com a abertura pelo interessado, segundo os arts. 987 e 988 do Código de Processo Civil, nem com o requerimento aa que o Código de 1939 se referia no art. 468, parágrafo único), a citação dos herdeiros não interrompe a prescrição. Titulo de crédito pode ser a conta do médico (3e Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 16

de abril de 1937, *RT* 108/262), ou do advogado (1º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Apelação de São Paulo, *9* de maio de 1946, *RT* 165/231). A apresentação do titulo endossado em concurso de credores promovido pelo endossante sacador contra o aceitante interrompe a prescrição contra ambos (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 22 de janeiro de 1946, *RT* 162/672).

2. *Espécies de inventário.* O art. 172,111, 12 parte, falou de juízo de inventário; porém não se pense que apenas se trata do juízo de inventário, regulado nos arts. 982-1.045 do Código de Processo Civil. Também há inventário na arrecadação das heranças, se não há herdeiro conhecido (Código de Processo Civil, axts. 1.142-1.158), dos bens de pessoa desaparecida (arts. 1.15º-1.169), de bens achados sem se conhecer senhor ou possuidor (arts. 1.170-1.176) e de bens de sxiedades ou fundações em liquidação.

§ 684. Interrupção por apresentação do título de crédito em concurso de credores 1. *Concurso de credores.* O art. 172, 111, 2º parte, fala da apresentação do título de crédito em concurso de credores. Não importa se se trata de crédito garantido com hipoteca, anticrese, penhor, ou caução, ou com privilégio especial sobre determinado bem, ou com privilégio geral, ou simplesmente quirografário. Não têm eficácia interruptiva os pecidos de restituição e os embargos de terceiro (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 76-79), pois que, quanto aos pedidcs de restituição, a interrupção só se dá com a audiência do devedor em concurso, ou do falido e do síndico, ou o escoamento do prazo para falarem (Decreto-Lei nº

7.661, art. 77, *§* 12), mas desde a audência; tratando-se de embargos de terceiro, ou com a contestação ou o escoamento do prazo do art. 1.053 do Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 7.661, art. 79; Código de Processo Civil, ads 1.046-1.054; cf. E. Jaeger, Kommentar

zur Konkursordnung, 1, 4ª5, nota 26; sem distinguir, G. Planck, K *ommentar,* 1, 537), mas desde a contestação. Se o credor retira a apresentação a concurso, antes de ser ciente o devedor ou o falido e o síndico, tudo se passa como se não tivesse havido a apresentação; portanto, não houve apresentação. Se houve pedido de restituição, ou embargos de terceiro, a desistência do pedido ou dos embargos de terceiro, antes de ser ouvido o devedor, ou de serem ouvidos o falido e o síndico, tem o efeito de excluir que tenha havido interrupção.

2.

Efeito interruptivo. O efeito de interrupção, que tem a apresentação de título de crédito em concurso de credores, é efeito próprio do ato de apresentação, e não efeito anexo, razão por que a desistência não tem como consequência tornar sem efeito interruptivo a apresentação. Também, conforme antes dissemos, a apresentação em juízo incompetente, pelo qual esteja a correr o concurso de credores, ou a falência, é eficaz.

Apresentado o título, não ficam interrompidas todas as prescrições de pretensões que se irradiem do título; apenas se interrompem as prescrições, ou a prescrição, das pretensões, ou pretensão, de que cogitou a petição em que foi apresentado o título. Se o título contém atos juridícos diferentes, ou concerne a direitos pedencentes, separadamente, a diferentes titulares, sem que se trate de indivisibilidade, a interrupção somente aproveita ao apresentante.

§ 685. Interrupção da prescrição por ato judicial que constitua em mora 1.

Atos de que resulta a constituição em mora. A mora provém da citação, da intimação, da notificação, ou do protesto, fora do caso da mora constituída de pleno direito (art. 960, alínea 12), que aqui não nos interessa. Na mora por inadimplemento da obrigação positiva e liquida não há ato do credor, de modo que se produz a mora sem que se produza a interrupção da prescrição.

O art. 172, IV, alude à interrupção por "ato judicial que constitua em mora", regra jurídica que também incide em matéria fiscal (Supremo Tribunal Federal, 26 de agosto de 1944, *RF* 102/ 469). Trata-se de princípio geral de direito a que o Código Civil deu explicitude.

2.

Início do efeito interruptivo. Na interpretação do art. 172,1V, é preciso atender-se a que a interrupção da prescrição resulta do "ato judicial" que constitua em mora o devedor, e não da mora, que já é efeito.

Portanto a interrupção se dá desde a propositura da ação, não importa se o despacho a que o Código de 1973

se refere no art. 219, *§* 2º, pertinente a citação, ordenou a intimação, a notificação, ou o protesto, uma vez que se observe o art. 219, *§§* 2º e 39, do Código de Processo Civil. Se a mora por qualquer razão só se produziria após algum prazo, tal protraimento do efeito de mora de modo nenhum influi no efeito interruptivo da prescrição que se iniciara.

§ 686. Interrupção da prescrição por ato de reconhecimento pelo devedor 1.

Natureza do reconhecimento pelo devedor. Diz o art. 172, V, que interrompe a prescrição qualquer ato do devedor, ainda extra-judicial, que importe reconhecimento. E evidente que tal ato somente pode partir do devedor, ou em ação de reconhecimento que se proponha contra ele. Anotações do credor que se refiram a reconhecimento pelo devedor seriam atos alheios e somente poderiam provar contra o credor (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 30 de janeiro de 1941, *RT* 137/3aa e 20 de julho de 1944, *J* 28/33, *RT* 162/363). E

preciso que haja reconhecimento: o escrito do devedor que não reconheceu, inequivocamente, a obrigação, não interrompe a prescrição (2º Turma, 1º de agosto de 1944, *RF* 103/53). O art. 172, V, incide em matéria comercial (2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de setembro de 1948, e 1ª Câmara, 15 de fevereiro de 194ª, *RT* 177/320, e 181/226).

A prescrição corre, mas, enquanto corre, nenhuma alteração se dá no mundo juridico. O suporte fático da regra jurídica sobre prescrição ainda não se completou. O credor está inerte, mas pode intervir e interromper o curso. Se o devedor mesmo atende a ele, ainda *sponte sua,* interrompe o curso.

Discute-se se o reconhecimento, de que se fala no art. 172, V, é negócio jurídico, em declaração recepticia de vontade (assim, E. Hólder, *Aliqemeiner Teil,* 435, Die Normierung der Vetjàhrung, *Archiu Júr Búrgerliches Recht,* 11, 233; J. Breit, *Die Geschàftsfãhigkeit,* 199; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 558, nota 21; E. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 154, nota 3), ou se a declaração pode ser não-receptícia: bastaria conduta do obrigado que expressasse reconhecer, feita perante o credor, ou dirigida ao credor, ou em juízo. Não se exige negócio jurídico bilateral, nem, sequer, manifestação de vontade negocial: o que é preciso é o enunciado de conhecimento, de convicção, sobre a existência da *obrigação* (J.

Biermann, *Búrgerliches Recht,* 1, 364,

nota 3; R. Leonhard, *Aligemeiner Teu,* 24ª; A. Manigk, *Willenserklàrung und Willensgeschãft,* 714; P.

Eltzbacher, *Die Handlungsfàhigkeit,* 1, 200; E. Eck, *Vortrãge,* 1, 209; E Langheineken, *Anspruch und Em rede,* 168; G. Planck, *Kommentar,* 1, 53ª). Os pagamentos parciais ou por conta somente importam em interrupção do prazo prescricional, se contêm ou resultam de reconhecimento, nos termos do art. 172, V; *eg.,* pagamento de metade, ou da primeira das três prestações, pagamento por conta de x. O pagamento por conta de maior quantia não interrompe. Sem distinguir, afirmativamente, a Relação da Corte, a 24 de abril de 1875, a 12 Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 27 de abril de 1916, e a 2º Câmara, a 30 de janeiro de 1917 e 25 de outubro de 1927 *(AJ* IV, 3ªª); negativamente, a 12 Câmara, a 26 de abril de 1909 (RD 12/3ª5; 2º Câmara, 25 de outubro de 1927; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de dezembro de 1937, RT 114/242; 2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 9 de maio de 1946, *J* 28/227).

A doutrina não poderia admitir a interrupção por pagamento parcial, ou por conta, se não contém, ou não provém de reconhecimento da obrigação. Ainda onde há lei explícita sobre a eficácia interruptiva do pagamento por conta *(Abschlagszahlung),* os juristas e a jurisprudência afastam que tal ato jurídico a tenha, se não importa reconhecimento ou não resulta de reconhecimento (G. Planck, *Kommentar,* 1, 535; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 364; L. Enneccems, *Lehrbuch,* 1, 30ª-3ªª ed., 606). A explicitude em se dizer que o pagamento parcial, ou por conta, não implica o reconhecimento, é útil, porque corta, cerce, dúvidas futuras; não é, porém, necessaria.

No direito romano, para ter a eficácia interruptiva, precisava ser escrito o reconhecimento (E Regelsberger, *Pandekten,* 1, 663); mas os sistemas jurídicos posteriores admitiram o reconhecimento oral, ou por ato, ou, ainda, *ligado* a ato-fato juridico, como o pagamento de juros.

2.

Reconhecimento de dívida e reconhecimento de obrigação. Sendo ato juridico *stricto sensu,* o reconhecimento, de que se trata no art. 172, V, pode achar-se em negócio jurídico; não é, porém, em si mesmo, negócio jurídico. Por ele, apenas o obrigado mostra estar convicto de que deve, *e é obrigado.* Se apenas reconhece que deve, mas acentua que não está obrigado, o ato jurídico *stricto sensu* do art. 172, V, não está composto, e a eficácia interruptiva não se opera. A prescrição refere-se à pretensão, de modo que se há de reconhecer a obrigação, que é a situação passiva correspondente à pretensão, e pode existir dívida, sem haver pretensão, e reconhecer-se àquela, sem se reconhecer a essa. São exemplos de reconhecimento: o pagamento por conta de x, não o pagamento em que se pré-exclui reconhecer-se o total da divida, ou a própria obrigação; o pagamento de juros, se importa referência a toda a dívida; a dação de garantia real ou pessoal, se ainda não prescreveu a dívida (se prescrevera, nem por isso deixou de valer e ser eficaz a garantia, pois dívidas prescritas podem ser garantidas). Também importam em reconhecimento: o pedido ou solicitação de prazo para pagar (J. Biermann, *Bdrgerliches Recht,* 1, 364; G. Planck, *Komrnentar,* 1, 53ª; sem razão, E. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 154; E. Hólder, *Allgemeiner Te ti,* 435), a autorização para registrar (Hans Reichel, Die Vormerkung, *Jherings Jahrbúcher,* 46, 82), ou o fato de levar o obrigado ao registro o seu exemplar do negócio jurídico, salvo se ressalva que apenas o quer conservar, com maior segurança, para discussão. Não interrompe a prescrição a falta de atendimento ou oposição à intimação (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* III, 549), ou de outro ato, que não caiba no art. 172, 1-1V; nem a promessa do devedor de fazer examinar ou de assistir ao exame das contas. Não é reconhecimento a consignação não notificada ao devedor (A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* 111, 549). Se o reconhecimento é somente quanto ao fato juridico, tem-se de examinar se a eficácia — até à obrigação — é necessária, devendo-se entender, na falta de ressalva, que o reconhecimento do fato jurídico irradiador de divida importa em reconhecimento da obrigação que dela emana. O reconhecimento do fundamento pode permitir que se entenda reconhecida toda a dívida e toda obrigação (cf. E. Riezier, *J. v.* Staudingers *Koninientar,* 1,

730, e G. Planck, *Kommentar,* 1, 535; contra, Konrad Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6º ed., 305). O reconhecimento interrompe quanto a essa parte (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 365); mas o reconhecimento da divida, sem reconhecimento da obrigação, não interrompe. A declaração de que está exata a divida, porém não pode, no momento, pagá-la, éreconhecimento da obrigação.

Não no é a declaração de que a vai examinar, para, após então, pagar (O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 365); nem o aviso de que vai remeter o pagamento, sem precisar o quanto, ou sem se referir à conta recebida, é reconhecimento; nem a promessa de dar garantia pelo dano que possa ter causado, ou venha a causar; nem o reconhecimento contido como *caput non controversum* na transação pode ser considerado reconhecimento por parte de um só dos transatores (P. Oertmann, *Ailgemeiner Teil,* 630), nem é reconhecimento a oferta de reconhecimento bilateral.

3. *Pagamento e reconhecimento.* O pagamento somente importa em reconhecimento se de tal modo feito que se possa entender firme o reconhecimento do resto (O. Warneyer, *Konimentar,* 1,365). Se se trata de pagamento de pretensão à prestação a ser determinada futuramente, ou segundo acontecimentos futuros, a interrupção só se dá se há meios para se afirmar e provar que desde já se reconheceu tudo que for apurado. Se se trata de série de pretensões, ou de pretensões sucessivas, o pagamento relativo a cada uma não importa em reconhecimento das outras obrigações. Se estão em causa obrigações oriundas de relação jurídica negocia1

duradoura *(e.g.,* locação), de modo que se possa ter o pagamento de uma prestação como parte do todo devido *(e g.,* um dos aluguéis mensais atrasados), há interrupção. Se o devedor não podia prestar parcialmente (art. 889), a prestação parcial, em que anuiu o credor, importa em reconhecimento de toda a dívida (E. Riezier, *J.* ix *Staudingers Kommentar,* 1, 729; sem razão, E. Hólder, *Ailgememner Teu,* 435). O

pagamento, que só se fez para se evitar a iminente penhora, ou ato de execução forçada, não Interrompe o prazo prescricional (O. Warneyer, *Komrnentar,* 1, 366).

O pagamento de juros somente interrompe o prazo prescricional se é

de entender-se, na espécie ou *in casu,* que envolveu reconhecimento da obrigacão principal. Porque pagamento é *ato-fato* juridico, que, por si só, não pode conter ato jurídico *stricto* sensu.

O pagamento parcial e o de juros, pelo terceiro, somente interrompem o prazo prescricional se o terceiro podia reconhecer e reconheceu.

O pagamento de juros somente interrompe a prescrição se contém reconhecimento da obrigação. Tampouco, importa sempre em renúncia à prescrição, porque há circunstâncias que excluem tal manifestação de vontade.

A simples intenção de pagar os juros, máxime se se discorda do quanto, não é renúncia à prescrição (absurdo o acórdão da 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de novembro de 1944, RT 156/641). O

terceiro, que presta garantia à obrigação prescrita, ou que a assume, garante e assume eficazmente; não se pode dizer que renuncie à prescrição (erro técnico que aparece no acórdão da 4º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 10 de junho de 1948, *RT* 175/661): as dívidas prescritas são suscetiveis de garantia, inclusive de fiança, porque não há, com a prescrição, extinção da obrigação (art. 1.502); e de assunção por outrem.

4. *Garantias, prazos e renúncia.* O art. 172, V, falou de qualquer ato, inequívoco, que importe reconhecimento do direito (aí, pretensão) do devedor; porque, se o direito está destituído de pretensão, ou se o é, não cabe pensar-se em prescrição da pretensão, nem o reconhecimento do direito, tão-só, importa em reconhecimento de pretensão. Reconhecimento, no art. 172, V, é *reconhecimento de ser obrigado.* Quem dá coisa, em penhor de divida, de ordinário reconhece a obrigação de pagá-la; bem assim quem cauciona, hipoteca, ou dá em anticrese. Não importa se o objeto empenhado, caucionado, hipotecado, ou anticretizado, pertence a outrem, uma vez que houve o assentimento (solicitação, ou anuência) do devedor, que assim reconheceu (E. Riezler, *J. o. Staudingers Kommentar,* 1, 730).

Assentimento na mudança da pessoa do credor não é, por si só, reconhecimento da obrigação (6. Planck, *Kommentar,* 1, 53ª). Se a assunção da divido de outrem tem eficácia quanto ao credor importa

em reconhecimento da obrigação (6. Planck, *Kommentor,* 1, 53ª; O. Warnayer, *Kommentar,* 1, 366), salvo ressalva do que assume.

O pedido de prazo, para pagar, interrompe a prescrição (E. Riezler, *J. o. Staudingers Kornrnentar,* 1, 729), se envolve reconhecimento (se, por exemplo, foi devido à iminência de penhora, pode não conter reconhecimento). O pedido de prazo para pagar, se a prescrição já se operou, foi considerado pelo Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de fevereiro de 1944 *(RT* 151/110), como renúncia tácita, de modo que, se o devedor pedisse prazo, após a prescrição, renunciaria. Tais afirmações gerais não cabem na matéria: o pedido de prazo pode ter sido sem conhecimento da prescrição (e.g., a data não veio no memorando); pode ser apenas no plano das relações de amizade, sem importar em renúncia àprescrição; e pode ser paga consignação posterior e discussão.

Também o acórdão da P Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de julho de 1944 *(RT* 151/127), no qual se disse que A "escreveu uma carta ao credor, em que, de modo inequívoco, se considera devedor do mesmo, quando diz que as suas ações contra o credor são superiores ao débito alterado" e que espera ser convidado "para acerto de contas, de acordo com os meus documentos", "equivale a renúncia da prescrição", tem de ser recebido em termos: não houve renúncia à prescrição, e o acórdão confunde reconhecimento da dívida e renúncia à prescrição; quem pode alegar prescrição com o só reconhecimento da dívida não renuncia à prescrição, nem, sequer, se ainda em curso, a interrompe (seria preciso que reconhecesse a *obrigação).* Não há reconhecimento que equivalha à renúncia: ou há reconhecimento da dívida, ou da dívida e da obrigação, e renúncia à prescrição; ou há só reconhecimento de dívida, ou de obrigação; ou há só renúncia àprescrição. Se se renuncia à prescrição sem se reconhecer a divida, ou a obrigação, *ainda* se pode discutir o direito, ou a pretensão do autor. O acórdão baralha, lastimavelmente, os conceitos jurídicos. Razão para se ter de precisar o que ocorre.

5.

Incapacidade. O reconhecimento pelo incapaz é nulo, ou anulável, conforme a espécie; o art. 155

pode incidir. Se bem que não seja negócio jurídico, submete-se às

regras jurídicas sobre forma e vícios de vontade. Não é preciso que se reconheça o fundamento da dívida; basta que se reconheça a obrigação. A eficácia começa de quando o credor, ou alguém por ele, conheça; porque até lá pode o devedor revogá-lo, sem que se trate de recepticiedade (A. Mantgk, *Willenserklàrung und Willensgeschàft,* 724; R Oertmann, *Aligemeuner Te!!,* 630 s., que se satisfazia com a simples remessa, porém seria, no sistema jurídico brasileiro, contra os princípios, por argumento *a fortuori* diante do art. 1.081, IV, referente a negócios jurídicos bilaterais). Os princípios concernentes à representação para incidem. Se o terceiro é apenas mensageiro, não pode (P.

Klein, *Die Rechtshandlungen im engeren Sinne,* reconhecer reconhecer 156 s.).

6.

Interrupção punctual. A interrupção por ato de reconhecimento, segundo o art. 172, V, é instantânea; recomeça a contagem. Se o devedor deposita em consignação o que deve, nasce-lhe exceção dilatória, podendo alegar ao credor, que lho cobra, ter depositado em consignação o que deve. Com a notificação ao credor (art. 973, 1-1V), interrompe-se por ato de reconhecimento a prescrição (art. 172, V; G. Planck, *Kommentar,* II, 511). Se o devedor levanta o depósito, na espécie do art. 977, isto é, enquanto o credor não declara que o aceita, ou não no impugna, continua eficaz a interrupção, porque houve o reconhecimento (art.

172, V; H. Rehbein, Das *Borgerliche Gesetzbuch,* II, 315; H. Siber, em G. Planck, *Kom mentor,* 11, 4º ed., 511, diferente nas edições anteriores).

A P Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de maio de 1942 *(RT* 139/568), reputou reconhecimento da obrigação o pedido de encontro de contas. E ir longe demais. O pedido de encontro de contas pode não se referir suficientemente à ceda divida, nem se referir às dividas que sofrem prescrição. *In* casu, julgou cedo, porque houve referência a determinado título cambiário. Também o julgado da 4º Câmara, a 8 de abril de 1943 (RT 147/657), admitiu que os pagamentos parciais, se o devedor apresenta os recibos, provam o reconhecimento da dívida. Porém isso só se dá se houve reconhecimento: o pagamento parcial pode não no conter.

Os atos de ratificação de atos anuláveis não são atos declarativos. Se

bem que haja relação juridica preexistente, a ratificação *Ieua* algo, não declara. O assunto tem todo o interesse em matéria de prescrição: se a ratificação reconhece a *obrigação,* interrompe a prescrição; se não reconhece a obrigação, não na interrompe. A tendência a meter as ratificações entre os atos declarativos (M. Desserteaux, *Essai d"une Théorie générale de I"Effet* déclaratij, XV; R. Merle, Essai de *contribution à la Théorie générale de I"Acte déclaratil,* 299) provém de confusões terminológicas: quem ratifica não declara, põe algo a mais, ou a menos, porém algo que se não confunde com a declaração ou o reconhecimento da obri *gação.*

7.

Interrupção da prescrição comercial. O art. 453 do Código Comercial diz: "A prescrição interrompe-se por algum dos modos seguintes: 1. Fazendo-se novação da obrigação, ou renovando-se o título primordial dela. 2. Por via de citação judicial, ainda mesmo que tenha sido só para juízo conciliatório. 3. Por meio de protesto judicial, intimado pessoalmente ao devedor, ou por éditos ao ausente de que se não tiver notícia." O

direito civil e o comercial coincidem; porque o art. 172, IV e V, se insere no sistema jurídico, tanto mais quanto resulta de princípios. O Decreto nº 21.638, de 18 de julho de 1932, que estendeu o inciso V ao direito comercial foi supérfluo. A alusão à novação é fruto de deficiência técnica: não há interrupção da prescrição quando se dá novação; a pretensão é, por definição, outra. Quanto à renovação do titulo da obrigação, é espécie de reconhecimento, ato jurídico *stricto* sensu, tal como a ele se refere o art. 172, V. Não precisa haver reprodução negocial (reconhecimento negócio jurídico); basta que seja ato jurídico *stricto sensu,* posto que não bastasse a reprodução fática, ainda se emanada do obrigado (cópia fotostática; entrega de uma das três vias originárias, por gentileza, por terem ficado com o devedor duas). Quanto à citação, a regra jurídica do art. 172, 1, in *une* ("ainda que ordenada por juiz incompetente"), explicitou o direito (Supremo Tribunal Federal, 4 de maio de 1901, *OD* 85/512-515), e o art. 219, *pr.,* do Código de Processo Civil reafirmou-o. O

protesto judicial, a que se refere o art. 172, II, éo que se integra com a intimação segundo os arts. 867-873 do Código de Processo Civil. Portanto, não há qualquer diferença entre o direito civil e o comercial.

A alínea 2º do art. 453 do Código Comercial esclareceu: "A prescrição

interrompida principia a correr de novo; no primeiro caso, da data da novação, ou reforma do título; no segundo, da data do último termo judicial que se praticar por efeito da citação; no terceiro, da data da intimação do protesto." O art. 173 do Código Civil corresponde à 1ª e 3ª partes do art. 453, alínea 2º, do Código Comercial; a 2º parte do art. 453

resulta dos próprios conceitos de novação e reconhecimento pela redocumentação; e a 4ª parte ajusta-se ao que se entende em direito civil.

Diz o art. 454 do Código Comercial: "A citação ou intimação de protesto feita a devedor ou herdeiro comum, não interrompe a prescrição contra os mais co-réus da divida. Excetuam-se os sócios, contra os quais ficará interrompida a prescrição sempre que um dos sócios for pessoalmente citado ou intimado do protesto." No Código Civil, o art. 176 colheu os mesmos principios, quanto à 1ª parte do art. 454: "A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros. Semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais co-obrigados." *Persona ad personam non Jit interruptio.*

O Código Civil, no art. 176, *§* 1º, acrescentou: "A interrupção, porém, aberta por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros." A regra jurídica civil ê subsidiária do direito comercial, afastado que co-réus, no art. 454, esteja em lugar de obrigados correais. Discutiu-se, quanto aos obrigados cambiários e cambiariformes (e.g., J. X.

Carvalho de Mendonça, *Tratado,* VI, Partes 11 e III, 518), se incide o art. 167, *§* 1º, parte 1º, do Código Civil.

Mas jque é que se havia de interromper? A ação nasce com o protesto cambiário, que é intimado ao sacado ou aceitante; estende-se aos co-obrigados a eficácia (Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 29).

Se o credor requer a falência ou o concurso de credores do devedor, a citação interrompe a prescrição, observando-se, a respeito, o Decreto-Lei n0 6.790, de 15 de agosto de 1944, e o Código de Processo Civil, art.

219, *§§* 1º-4º. Não figura entre os credores, é óbvio, o titular do crédito cuja pretensão prescreveu. A falência, em si, nenhuma

influência tem quanto à prescrição dos créditos do falido.

Durante a falência, não durante o concurso civil de credores, interrompe-se o curso da prescrição. O caso é de interrupção, não de suspensão (a despeito de o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, dizer, no art.

47: "Durante o processo da falência fica suspenso o curso da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade do falido."). Quanto aos co-obrigados, não se dá suspensão, nem interrupção; a ação pode ser exercida, inclusive a ação cambiária. Quanto ao falido, a prescrição começa de correr desde que transita em julgado a sentença que encerrou a falência. Quanto aos co-obrigados não-falidos, é preciso que tenham sido citados, ou que se tenha por outro modo interrompido a prescrição, para que de interrupção se possa falar.

A apresentação do título em concurso de credores, ou em processo de falência, ou a abertura de falência de um co-obrigado de modo nenhum interrompe a prescrição quanto aos outros co-obrigados. Contra o obrigado falido, a prescrição interrompe-se desde o pedido de abertura da falência, se se trata de credor ou credores, que pediram a falência; se de outros, desde que se apresentou o titulo, conforme a lei. A despeito de a legislação fálencial, quer anterior quer vigente, ter falado de suspensão, tem-se de ler o art. 47 do Decreto-Lei nº 7.661 como se dissesse: "Durante o processo da falência, interrompe-se o curso da prescrição relativa a obrigação de responsabilidade do falido." Não há interrupção duradoura, calcada no art. 47, quanto a obrigações de co-devedores, não-falidos. O art. 47 é regra de exceção ao art. 173, que faz ressurgir a prescrição, sempre que, após o último ato do processo parado, o prazo se completar, e ao art. 453, alínea 2º, do Código Comercial. Quanto aos co-obrigados não-falidos, a regra jurídica do art. 453, alínea 2º, do Código Comercial, ou art. 173 do Código Civil não sofre exceção.

O art. 176, *§* 2º, onde se diz que a interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica aos outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis, é regra de direito comercial, por subsidiariedade Idem, a regra jurídica do art. 176, *§* 3º.

O art. 176 não alude aos sócios, como o art. 454, 2º parte, do Código

Comercial O art. 454, 2º parte, precisava ser entendido em termos e, hoje, o intérprete não se pode afastar dos Princípios que regulam a relação de o *rgão* da pessoa jurídica, principalmente do art. 12, VI, do Código de Processo Civil: "Serao representados em juízo, ativa e passivamente: as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando por seus diretores." A citação na ação ou a intimação do Protesto ao sócio comanditário, ou ao sócio sem poder de ser Citado ou intimado, não interrompe a prescrição. A apresentação do crédito no concurso de credores de um dos sócios, ou na falência de um dos sócios, não interrompe a prescrição quanto ao sócio que não está insolvente, ou falido, salvo citação ou intimação, na forma da lei. O

direito comercial e o direito civil coincidem. Somente a citação na ação contra o obrigado interrompe; a citação, na ação contra a sociedade, feita a quem podia ser citado, interrompe para todos os sócios, porque interrompe para a pessoa jurídica; a intimação do protesto ao sócio que pode ser intimado interrompe quanto a todos, porque interrompe quanto à pessoa jurídica; bem como a apresentação do crédito na liquidação da sociedade ou no concurso de credores ou falência da sociedade. Se, feita a citação a quem não a podia receber, sobrevém ratificação, tudo se passa como se interrupção tivesse havido. Idem, quanto ao protesto e aos outros atos interruptivos.

8.

Alegação de compensação e prescrição. A alegação de compensação concerne ao crédito. Por ela, não se diz que a pretensão não está prescrita, nem se renuncia à exceção de prescrição contra o crédito alheio a ser compensado: os créditos a que prescrevem a pretensão são compensáveis. Somente regra jurídica especial poderia conferir à alegação de compensação efeito de interrupção, salvo se envolve reconhecimento (art. 172, V). O objeto da compensação é o crédito, não a pretensão. Não há, no sistema jurídico brasileiro, a regra jurídica do *§* 209, inciso 39, do Código Civil alemão.

9.

Suspensão *e interrupção.* O art. 8º do Decreto-Lei nº 20.910, de janeiro de 1932, disse que a prescrição das dívidas passivas da União, dos Estados Federados, dos Territórios e dos Municipios somente pode ser interrompida uma vez; repetiu-o o Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de

agosto de 1942, art. 3º Só se trata de limite à interrupção, não à suspensão. A prescrição das dívidas passivas da União, dos Estados Federados, dos Territórios e dos Municípios somente se interrompe uma vez, porém pode ser suspensa por diferentes causas, que concorram ou se sucedam. Bem assim, àsuspensão pode sobrevir interrupção, ou à interrupção suspensão.

§ 687. Interrupção e recontagem

1. *Perda do tempo corrido.* Em virtude da interrupção, o tempo, que transcorrera, se perde. Tudo ainda estava no mundo fático, onde o apagamento se dá. Novo prazo de prescrição se inicia. A interrupção pelo reconhecimento do direito, em ato inequívoco do devedor (art. 172, V), é momentânea, punctual; de modo que imediatamente começa de correr o novo prazo de prescrição. Nas demais espécies do art. 172, tem-se de indagar se há alguma duração do ato interruptivo. Se há, novo correr de prazo só se inicia quando cessa a causa duradoura de interrupção. Na técnica legislativa, ou se considera que a citação só interrompe momentaneamente *(*= sem duração até o último ou algum outro ato do processo), ou que interrompe com duração até o último ou algum outro ato do processo. No art. 172, 1, a interrupção poderia parecer momentânea, e tal seria a solução, fora de qualquer dúvida, se não existisse o art. 173. Existe o art. 173, oriundo de emenda proposta por Andrade Figueira *(Trabalhos,* IV, 20), de modo que não se há de discutir, salvo com propósito de *lege ferenda.* No Código Comercial, o art. 453, II, falou da citação judicial, e o art. 453, alínea 2º, explicitou que a prescrição interrompida recomeça de correr com o último termo judicial que se pratique por efeito da citação. As Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, *§* 1) adotavam a interrupção momentânea ("se a dita prescrição for interrompida per citação começará outra vez de novo correr o dito tempo"); de modo que havia diferença, nesse ponto, entre o direito civil e o comercial, posto que esse houvesse influído, jurisprudencialmente, naquele, por assimilação (não por interpretação analógica, que não cabia). O art. 173, diz: "A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper" A 1ª parte concerne à interrupção momentânea (art. 172, II, IV e V), porque o protesto, a constituição em mora e o reconhecimento são de eficácia momentânea, aliás como a interpelação, a notificação e a intimação. A 2º parte refere-se à citação e à apresentação do título em

juízo de inventário, ou em concurso de credores, porque os dois atos tendem à declaração da pretensão (pelo menos).

2.

Duração da interrupção. Resta discutir-se se a interrupção, conseqúente *à propositura da demando (=* à citação), *dura* até que *(a)* o processo termine com a sentença final (ainda que sentença com reserva, ou homologativa de transação judicial, ou compromisso), ou até que *b)* termine, por sentença final, transação, ou compromisso, ou até a paralisação de feito. O "último (ato) do processo para a interromper é o último que foi praticado, — dura, pois, a interrupção até o ato que provocou a conclusio *in* causa, porém, também, só até qualquer dos anteriores após o qual se haja cessado de atuar "Ultimo ato" é, ai, portanto, o último *ato das partes* ou *do juízo;* de modo que, em verdade, novo prazo de prescrição se inicia após qualquer ato, ou das partes, ou do juízo, e se reinicia a qualquer ato processual posterior de uma das partes ou do juízo (exceto o ato para se prosseguir, por se ter excedido algum prazo processual).

A desistência, fora de concurso de credores, ou de inventário, ou *a)* é com protesto de se renovar o pedido, e esse protesto também interrompe; ou *b)* é sem esse protesto, e então a citação só interrompeu momentaneamente, porque a instância cessou e o art. 173, 2º parte, não é de invocar-se.

3. *Mudança de juízo.* Se a pretensão é levada a *juízo arbitral,* ou *tribunal administrativo,* ou juízo *especial,* ou, ainda, a autorida *de administrativa* (por exemplo, para aplicação de multa de direito público, no caso de rfão-atendimento da pretensão, ou seu registro), o que se disse nos arts. 172 e 173 incide, *mutatis mutandis.*

Há atos que correspondem à citação, ao protesto, àapresentação do título, ao ato judicial que constitui em mora e ao ato que importa em reconhecimento; e a eficácia interruptiva rege-se pelo art. 173. Essa equiparação, quanto ao juízo arbitral, évelhíssima. Na L. 5, *§* 3, C., *de receptis,* 2, 55, explicitou-se que o comprometer-se para decisão por árbitros interrompia a prescrição, tal como se o litígio se houvesse instalado em juízo ordinário *(conventum in scriptis apud compromissum*

iudicem Jactum ita tem *poris interruptionem inducere, quasi in ordinario iudicio lis Juisset inchoata).* Os jurisconsultos haviam discutido isso, longamente, tanto que a L. 5, *§* 1, alude a Júlio Paulo e outros mais *(verbis* "lulii Pauli opinionem et aliorum prudentium certorum").

Se a pretensão tem de ser, de início, exercida perante juízo arbitral, ou alguma jurisdição especial, ou perante autoridade administrativa, dá-se a interrupção, até que se ultime o processo dessa formalidade, ou desse prévio exame. O ato que provoca a cognição pelo juízo arbitral, inclusive o de intimação de ter nomeado árbitro único para a solução do litígio, ou por juiz especial, ou autoridade administrativa, tem o efeito interruptivo, e não cessa esse enquanto não se profere a decisão, ou se ultima a formalidade, salvo se se estabelece não-prosseguimento por fato exclusivo do titular da pretensão. Não tem influência para interrupção a conclusão de compromisso para juízo arbitral depois de já estar ajuizada a causa (J. Meisner, *Das BOrgerliche Gesetzbuch,* 1, 189; E. Riezler, *i. uon Staudingers Kommentar,* 1, 743).

Ainda quando o compromisso não se perfaça, . basta para a interrupção, que a parte credora ou titular tenha declarado a vontade de se comprometer *(e.g.,* tenha proposto o compromisso)? Não; salvo se conteve o ato do art. 172, IV.

4. Protesto e comparência. O protesto, intimado por mandado (Código de Processo Civil, arts. 867-873, 221,1, 226,1111) ou por outro meio (no direito anterior, sob o Decreto-Lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, art. 13, e.g., por despacho), interrompe, momentaneamente, desde a intimação, se se intima o devedor, ou desde a propositura da ação, se se atendeu ao art. 219, *§§* 2º-4º, do Código de Processo Civil. Feito com hora certa, ao voltar o oficial para levantar a hora (Código de Processo Civil, art. 228, *§* 1º, *verbis* "dando por feita a citação"), ou segundo o art. 219, *§§* 2º-4º. Feito por carta de ordem, precatória ou rogatória (arts. 200-212) a interrupção é desde a propositura da ação, segundo o que se diz sobre as outras espécies. Feito por edital, segundo os arts. 231-232 a interrupção é desde a primeira publicação até a última. Também aí cumpre atender-se ao art. 219, *§§* 2º-4º, do Código de Processo Civil.

O comparecimento em juízo de inventário ou em concurso de credores

interrompe a prescrição, até o último ato concernente ao crédito, ou a todos os créditos, ou a classe de créditos em que o crédito apresentado se haja de incluir, sendo de invocar-se o art. 219, *§§ 2º*- 4º, do Código de Processo Civil, se satisfeitos os pressupostos. A contenciosidade superveniente faz tratar-se a espécie como a de quaisquer processos *iniciados pela* citação, a partir do despacho.

Se, em grau de apelação, ou outro recurso, ou em ação rescisória, se decidiu que o concurso de credores não podia ser aberto, nem por isso deixa de ter efeitos a apresentação do titulo de crédito.

O que acima se disse, quanto à apresentação de título de crédito em juízo de inventário, ou em juízo concursal, também se entende com a apresentação de título de crédito em juízo de falência. Mas a interrupção na falência é duradoura (nº 9).

5.

Extinção *do processo* sem *julgamento* do mérito. Quanto àextinção do processo sem julgamento do mérito, seria de discutir-se se *a)* se apaga a citação, desde o despacho, ou *b)* se esse fica incólume, por se tratar de eficácia de direito material, que haveria de permanecer a despeito do desaparecimento, *ex* tunc, da relação juridica processual. Tal solução, *de lege Jerenda,* seria a melhor; porque a relação jurídica processual é efeito próprio processual da citação e a interrupção efeito próprio de direito material. Todavia, há lei escrita (art. 175): "A prescrição não se interrompe com a citação nula por vicio de forma, por circunduta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação." A própria redação é má: primeiro, porque a perempçáo da instância, a que o Código de 1939 se referia nos arts. 201-203 e 205, não produzia nulidade da citaçao (toda razão de nulidade ou de anulação era *anterior,* ou, pelo menos, *contemporânea* ao ato jurídico de direito material ou de direito formal); segundo, essa perempçáo (ou absolvição) da instância fazia *não ter* sido a relação jurídica processual e o efeito interruptivo é efeito próprio da citação (razão por que a citação nula por incompetência do juízo pode tê-lo, art. 172,1). O Código Civil, art. 175, exclui o efeito de direito material se a instância *vem a ser* perempta. É regra jurídica escrita, que derroga os princípios.

Quanto à perempção da ação (Código de Processo Civil, art. 268, parágrafo único), ocorre o mesmo; porém há *plus:* o direito está desmunido de ação.

Extinto o processo sem julgamento do mérito, discutiu-se, na jurisprudência, se a citação mantém o efeito interruptivo. Pela afirmativa, a 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de setembro de 1941

(RT 141/93). Sem razão: a extinção do processo sem julgamento do mérito apaga a relação jurídica processual, em todo o ângulo (credor, Estado; Estado, credor), sendo o efeito da citação próprio; mas há o art.

175. A Teixeira de Freitas *(Primeiras Linhas sobre o Processo Civil* por Pereira e Sousa, 1, 107, nota 251) parecia óbvio que, perempta a instânda (então se dizia), a citação não produzisse o efeito interruptivo da prescrição. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, a 25 de janeiro de 1938 *(AJ* 48/4). Em verdade, a interrupção não *é* efeito *anexo* da instância, e sim efeito *próprio* da citação, conforme dissemos. João Monteiro *(Programa,* II, 41) entendia que, se imputável ao autor a "absolvição da instância", se teria de considerar como não acontecida a interrupção: seria desistência tácita. Mas isso seria raciocinar-se com premissa falsa, — "absolviçào da instância" e desistência eram inconfundíveis. Não havia nem há óbice *a priori* a que os legisladores distingam as espécies êni que se daria a interrupção, ou não se daria: efeito próprio, e não anexo, da citação, a interrupção rege-se pelos princípios do direito material, e não pelos princípios de direito processual. Ora, o Código Civil, no art. 175, disse que a prescrição não se interrompe se vem a ser perempta a instância, ou a ação. O efeito iróprio, interruptivo, desaparece, porque a lei de direito material, que rege a prescrição (portanto aquela que rege a pretensão), atribuiu eficácia *anexa,* elidente, ao que, no direito anterior a 1973, se dizia "absolvição da instância", ou à perempção da ação (do direito, dizia o Código de Processo Civil de 1939, art. 204). E preciso ter-se em vista que a alusão do Código Civil, art. 175, à perempçã0 da instância e à perempção da ação equivale na terminologia do Código de Processo Civil anterior, à absolvição da instância (arts. 20 1-203 e 205) e à perempção do "direito" (ri. 204), e na do atual, à extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 267, [-Xl e 268, parágrafo único). A 3º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 28 de março de 1946 *(J* 28/196); RT 162/300), errou, palmarmente, por não atender a que o art. 175 do Código Civil se refere, explicitamente, à perempção da *instância* (eficácia desconstitutiva processual) e da ação (eficácia desconstitutiva material): "A prescrição não se interrompe com a citação nula por se achar perempta a instância, ou a ação" (cf. Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de junho de 1921 *RT* 39/138). Perempção da instância (art.

175, 3º parte) é absolvição da instância (Código de 1939, arts. 201-205); distingue-se da perempção da ação, que é mais profunda, por essa alcançar a pretensão, posto que fique incólume o direito material (Código de 1973, art. 268, parágrafo único, in *Jine)*.

(A referência do art. 175 à circunducção da citação é, desde o Código de 1939, obsoleta. Se o procurador do autor não comparecia à audiência, o caso era de absolvição da instância, Código de Processo Civil de 1939, ris. 266, 1, e 201, VI).

6.

Citação fora do prazo legal. Se a citação é nula por defeito de forma, ou ineficaz, não produz a interrupção. Mas, se a nulidade do processo não atinge a citação, deu-se a interrupção e continua eficaz (2º

Turma do Supremo Tribunal Federal, 24 de outubro de 1944 e 30 de junho de 1946, *RF* 102/473, *J* 30/56).

Tem efeito interruptivo a citação fora do prazo legal; afinal o Decreto-Lei nº 4.565, de 11 de agosto de 1942, art. 12, que alterara a redação do Código de 1939, art. 166, *§* 2º, teve como *ratio legis* beneficiar os que queriam interromper, com a citação, o prazo prescricional: feita fora do prazo do art. 166, *§ 2º,* do Código de Processo Civil de 1939, em sua redação de 1942, a que hoje corresponde o art. 219, *§§* 2º e 39, a citação é válida e eficaz; o que não tem eficácia interruptiva, embora valha e tenha outras eficácias, é o despacho. Daí ter sido injusto e contra a letra da lei o Supremo Tribunal Federal, a 9 de setembro de 1948 *(Jurisprudência Mineira,* 1, 606).

7.

Reconhecimento da pretensão. O reconhecimento da pretensão pelo obrigado interrompe a prescrição, momentaneamente. O novo prazo de prescrição começa imediatamente.

O pagamento de juros da dívida pode ser acompanhado de ato de reconhecimento, no sentido do art. 172, V, do Código Civil (cp. 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de junho de 1948, *RF* 123/72 s.), porém não no é necessariamente *(§* 686).

8.

Sentença e interrupção. Se a pretensão foi declarada em sentença de carga declarativa ou condenatória, suficiente, a prescrição que se inicia é a de vinte anos (art. 177, 1º parte), quer para a ação a que se referia o art. 290 do Código de Processo Civil de 1939, quer para a ação de execução. Não importa se o prazo de prescrição era mais curto. Dá-se o mesmo quanto à transação executável e as pretensões que, em virtude de sentença em concurso, ou em inventário, se tornaram *executivas.* Se, porém, há prestações a serem vencidas, ou de juros a fluirem, a prescrição delas é a que a lei lhes marca; se bem que tenham sido declaradas, com força ou com eficácia sentencial *(aliter,* quanto aos juros moratórios).

9.

Interrupção e processo judicial. A interrupção punctual não dura; a prescrição recomeça. Porém nem toda interrupção épunctuaí, razão por que, em sua generalização incontinente, é de repelir-se o juigado do Supremo Tribunal Federal, a 20 de novembro de 1945 *(RJB* 73/153) No art. 173, *verbis* "do último (ato) do processo", logo se adverte em que a interrupção é lineal. No ari. 453, alínea 2º, do Código Comercial, falou-se de "data do último termo judicial que se pratica por efeito da citação": a citação estabelece a relação jurídica processual em ângulo; "enquanto o processo se desenvolve normalmente, não há falar em prescrição", porém não há pensar-se em interrupção *stispensiva,* como insinuou a 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 9 de Novembro de 1948 *(RF* 127/429). Se o réu retém os autos, começa, com a terminação do prazo, de correr a prescrição (sem razão, a 2º Turma do Tribunal Federal de Recursos, 25 de maio de 1949, RF 129/154, — seria preciso a intimação do réu para se interromper a prescrição iniciada após o prazo: não há regra legal que permita a ilação da 2º Turma do Tribunal Federal de Recursos). Certas, a 3ª

Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 5 de fevereiro de 1937 *(RT* 106/92), a 5ª Câmara, a 6 de outubro de 1937 (121/631), e a 2º Câmara, a 16 de maio de 1938 (114/267). As críticas que têm sido feitas ao art. 173, como ao art. 92 do Decreto nº 20.910, e ao art. 45ª, alínea 2º, do Código Comercial, resultaram de quererem os intérpretes que a lei houvesse dito o que eles pensavam, em vez de procurarem o conteúdo da regra jurídica. Enquanto só há uma espécie de interrupção punctual, ou instantânea, há duas de interrupção lineal; *e.g.,* ou se alude a todos os atos do processo em que ele pode parar, e se diz que do último (não do derradeiro) se conta, o que nos dá

interrupção lineal descontinua, ou se alude aos atos inicial e final do processo, estabelecendo-se que durante esse lapso não corre. Assim, L. F. 5. Carpenter *(Manual,* IV, 311) não interpretou o art. 173: criticou-o. A palavra "último" está em sentido próprio, que não é o de derradeiro. O ato derradeiro, final, do processo é a sentença; o último pode ser qualquer abertura de vista, ou fim de prazo (cf.

F. de S. Luís, Ensaio *sobre Alguns .Sinônimos da Língua Portuguesa,* 1, 46). Não atinou com o sentido a 4ª

Câmara do Tribunal dc Justiça do Rio Grande do Sul, a 22 de outubro de 1947 *(J* 29/694).

Se o autor propôs a ação, ou se o réu apresentou a reconvenção, é preciso que nunca se perfaça após o último ato do processo o prazo prescricional (Supremo Tribunal Federal, 14 de dezembro de 1932, RD 110/268).

Isso não permite dizer-se, como as Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 7 de março de 1941 *(RT* 132/258), com impropriedade gritante, que, com a citação, fica suspensa *(?)* a prescrição pelo curso da ação.

Se há interrupção por citação, de acordo com o art. 172, 1, a prescrição começa de correr depois que se dá, com eficácia definitiva, o último ato no processo em que a citação a interrompeu, ou de qualquer ato processual, se o processo parou. A interrupção não é, aí, punctual; é duradoura: quando se ultima o processo, cessa a eficácia interruptiva: quando se pára o procedimento, retoma-se o curso. Ultima-se o processo *(=*

completa-se o último ato do processo) quando nele não mais cabe recurso (coisa julgada formal). Se a decisão é final, mas condicional, enquanto nâo se torna incondicional a entrega da prestação jurisdicional. Se há transação, após passar em julgado a homologação, é que se reinicia o prazo prescricional. A transação fora dos autos e não levada à homologação não tem qualquer eficácia para cortar a eficácia interruptiva, duradoura, da citação. Se há sucessão processial, não importa para a interrupção: continua, até que incida o aft. 173, que alude à relação jurídica processual (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 370). Se, em virtude de julgado intercalar, há coisa Julgada sobre parte da prestação, novo prazo prescricional iniciae, continuando a interrupção quanto ao resto (O. Warneyer, Ko *mentar,* 1, 370).

Pode dar-se que o processo fique parado, sem ter havido conclusão final trânsita em julgado, e se complete o prazo prescriciotia) a contar-se do último ato processual do juiz, de algum órgão àtivor da justiça, ou, até, do figurante, a que aproveitaria a interrupção: entende-se que a pretensão prescreveu. O art. 172, 1, não disse que a interrupção continuaria até que cessasse a relação jurídica processual, — disse que a prescrição recomeçaria "do último ate do processo para a interromper". Não há a perpetuação da ação, afastado o direito anterior (Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 4, *pr.,* Título 9 e Título 18, *§* 12); a prescrição pode correr de qualquer ato que tenha sido o último (Supremo Tribunal Federal, 14 de novembro de 1917, *Ri* 13/305; Câmaras Reunidas da Corte de Apelação do Distrito Federal, 7 de agosto de 1924, *RCJ* II, 239/ 241; inclusive para as causas em curso à entrada em incidência do Código Civil, — Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de maio de 1926, *RT* 58/394 acórdão que reformou o de 9 de outubro de 1925, 56/326, e foi confirmado pelo de 5 de novembro de 1926, mas sem adotar esse os princípios daquele). Se a interrupção proveio de protesto (art. 172, II), ainda que despachada por juiz incompetente a petição é punctual mas perdura enquanto não ocorre o último do juiz, ou do protestante, ou do intimado.

Se a interrupção proveio de apresentação do título em juízo de inventário (art. 172,111, V parte), somente cessa com o trânsito em julgado da decisão que julgue o mérito do pedido de pagamento, ou ato processual, se parou o procedimento. Se foi retirado por vontade do apresentante antes da audiência do inventariante, cessa a interrupção; se remetido o interessado às vias ordinárias, a interrupção cessa, porque esse foi o último ato do juiz, trânsito em julgado.

Se a apresentação foi em concurso de credores, exclusive falência, e interrompeu a prescrição, cessa o curso até que se ultime o processo concursal, ou se retome o curso da prescrição, com o último ato, se parou o processo. Se o titular do direito retira o título, alegação ou direito, antes de audiência, tem-se por não-ocorrida a interrupção. Se há recurso quanto à decisão de abertura do concurso, a interrupção continua, até que outra decisão, com força de coisa julgada, a reforme (E. Jaeger, *Kornmentar zur Konkursordnung,* 1, 4ª3, nota 20; sem razão; E. Hólder, *Aligemeiner Teil,* 4ª2), ou, se parou o processo, até o último ato praticado. Se o concurso termina por concordata e o prazo de pagamento das dívidas é adiado, a interrupção continua até que finde o prazo (E. Jaeger, *Kornmentar zur Konkursordnung,* 1, 4ª3, nota 19; O. Warneyer, *Konimentar,* 1, 373). Se foi posto de lado o que sirva a

pagamento, a interrupção dura enquanto se não decide sobre isso, ainda que se encerre o concurso. Se nova apresentação se dá porque fora inepta, ou simplesmente deficiente, ou defeituosa, a primeira, somente da segunda começa a interrupçáo (E. Jaeger, *Konirnentar,* 1, 373; O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 404, nota 23).

Quanto à obrigação do falido, há no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 47, exceção aos arts.

173 do Código Civil e 453, alínea 2t do Código Comercial: a interrupção dura o que dura a relação jurídica processual da falência, começando para o credor ou credores que requereram a decretação da falência desde o pedido; e da apresentação do crédito, para os outros.

A interrupção por ato judicial que constitua em mora o devedor (art. 172, IV) é punctual; opera-se no momento da citação, recomeçando o curso do prazo imediatamente.

Se qualquer dos atos do art. 172, 1-1V, era com caução *de rato* (Codígo de Processo Civil de 1939, art. 110), a ratificação tornava definitivamente eficaz a interrupção; se não viesse, no prazo fixado pelo juiz, a ratificação, era como se não tivesse havido a citação, o protesto judicial, a apresentação em inventário ou concurso de credores, ou o ato judicial para constituir em mora.

Proposta a ação, se o autor deixa de dar andamento ao processo por tempo em que se complete o prazo da prescrição da pretensão, prescrita está essa e pode o réu exercer o seu direito à exceção de prescrição. A liquidação da sentença (Código de Processo Civil, arts. 603-6 1 1), promovida pelo credor, é processo incidente *dentro* do processo de execução; promovida pelo devedor, é ação autônoma *(art.* 605, parágrafo único). A citação, naquela especie e nessa, interrompia, no direito anterior, a prescrição vintenal da execução de sentença: ali, porque é citação pessoal do devedor executado (art. 172,1), pois a citação já era, diversamente do que se dá sob o Código de 1973, ris. 603 e 611, para toda a ação executiva de sentença (Código de Processo Civil de 1939 arts. 906 e 907); aqui, porque a citação do credor legitimado àexecução é reconhecimento pelo devedor, nos termos do art. 172, V. A afirmação dc que o prazo para a liquidação é o que correria durante o processo de condenação, ou outro, que houvesse parado, somente seria verdadeira se a liquidação fosse

incidente póssentencial do processo da ação de condenação, ou outro, ou incidente pré-

sentencíaí Ora, no direito brasileiro, poder-se-ia ter concebido o processo de liquidação, promovido pelo credor, *ou* como ação autônoma, tal como se concebeu o processo de liquidação promovido pelo devedor (Código de Processo Civil, art. 605, parágrafo único), ou como incidente *dentro* da ação de execução; não como incidente pré-sentencial, ou pós-sentencial, do processo em que se promova a liquidação da sentença, porque a liquidação pré-sentenciaí seria dos danos causados, ou outras dividas, e não do quanto da condenação. Se houve liquidação durante a ação de condenação, ou executiva sem ser de sentença, e.g., na espécie do art. 585,111, do Código de Processo Civil, foi da divida pela qual se pede a condenação do réu, e não da dívida a respeito da qual já houve condenação, o que perturba os menos espertos devido ao adiantamento da cognição que há nas ações do art. 585. Aí, parado o processo por inércia do autor, a prescrição é a da pretensão *deducta in iudiciurn,* e não a da ação de execução de sentença, cujo prazo é de vinte anos. No direito anterior, se a liquidação era pós-sentencial, e foi pedida pelo autor independente de citação para a execução da sentença, o que era possível e autonomizava a liquidação *(=* o que a fazia ação autônoma), —então a citação interrompia a prescrição vintenária para a liquidação, porém não a prescrição vintenária para a execução. Se vinha a prescrever aquela, essa já estava prescrita; se essa prescrevia e aquela ainda não, podia o credor prosseguir no processo daquela e obter sentença que tornasse liquida a divida, mas já sem eficácia executiva. Certo, só se podia pensar em autonomização da ação promovida pelo credor se o credor explicitamente afastava a incidência do art. 906 do Código de Processo Civil de 1939, que fazia ser para toda a execução a citação para a liquidação, diversamente da sistemática do Código de 1973, art. 611, 2º

parte. Se foi o devedor que promoveu a liquidação, a citação é reconhecimento da obrigação, — interrompe a prescrição, não da ação de liquidação autônoma, que, promovida pelo devedor, é imprescritível, mas da ação *ludicati* ou de execução de sentença. (Não da ação de liquidação autônoma, dissemos. O condenado, sujeito a execução forçada, ou qualquer devedor, ainda de dívida prescrita, pode ter interesse em liquidar o que deve, ainda que não mais pudesse ser exercida contra ele a ação de execução, iniciada pela liquidação.) 10.

Determinação do último ato processual. A determinação dc último ato processual nem sempre é fácil de fazer-se. A citação edital é ato que se

completa no último dia da publicação do edital, como ao levantar-se a hora se tem por feita a citação por hora ceda. As juntadas têm data. As vistas e conclusões, também. As diligências ou se realizam e têm a data em que se realizaram, ou não se realizam, e então há o ato pelo qual se *declara* não se haverem realizado, — razão por que a „1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 1º

de outubro de 1942 *(RT* 14ª/53ª), disse que o prazo começa de correr, não da data em que para a diligência se convocaram as partes, e sim do dia em que se devia realizar e não se realizou. Sempre que há inércia em cartório, conta-se o prazo do último ato requerido, ou praticado, inclusive do ato que deu por não realizada a diligência (2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 1º de abril de 1944, *Minas Jurídica,* 1, 66).

A Corte de Apelação do Distrito Federal, a 30 de agosto de 1929 *(RD* 98/177) e o Supremo Tribunal Federal, a 10 de setembro de 1930 *(RD* 100/93), entenderam que a execução da sentença é apenas o desdobramento da própria ação, de modo que, se o vencedor não executa a sentença, a prescrição começa de correr do último ato do processo. A premissa é falsa; a conclusão, verdadeira.

O

art. 173, 2º parte, não permite que se pense em interrupção *permanente* até o último ato (confuso, o acórdão da 5º Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 1º de março de 1937, *RT* 108/779). A cada

"último ato" recomeça de correr (4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de setembro de 1939, *RT* 123/85; 2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 17 de abril de 1944, *Minas ~Jurídica,* 1, 66; 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de abril de

1945, *RF* 102/443).

11. *Ordem de julgamentos e outros incidentes.* O Supremo Tribunal Federal, a 31 de outubro de 193ª *(JSTF*

20/3ªª), entendeu que a prescrição não corre se o juiz ordena que o processo Permaneça em cartório, para se julgar a causa segundo a ordem dele, ou ordem que o juiz dê. Não há tal regra jurídica no

direito brasileiro O

último ato do processo é, *ex hypothesi,* a conclusão. Nenhum texto do Código Civil ou de outra lei permite que se tire a ilaçao que o relator tirou. A 2º Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 1º de setembro de 194ª (RI 53/17), admitiu suspensão da prescrição por força maior. Mas tais decisões, sem apoio em lei, ou bebidas em outros sistemas jurídicos, de modo nenhum se podem admitir A 2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 1º de abril de 1944 (Minas *Jurídica,* 1, 66), entendeu que os embargos de terceiro são causa de suspensão (?) da prescrição. Sem razão, a suspensão, aí, seria quanto ao processo principal, de modo que teria havido interrupção com o último ato do processo principal (art. 173) e somente se cortaria o prazo prescricional a partir do levantamento da suspensão processual. E preciso não confundir eficácia suspendente, atribuida a embargos de terceiro (Código de Processo Civil, art. 1.059) e suspensão do curso da prescrição. A suspensão do processo principal pelos embargos de terceiro, ou pelos embargos do devedor (Código de Processo Civil, art. 739, *§* 19, apenas tem o efeito de interrupção da prescrição desde a suspensão até a decisão que levante a eficácia suspendente. Também a 2º Turma, a 26 de dezembro de 1944

(RF 104/263), entendeu que a *ressalva* em pagamento, se aceita expressa ou tacitamente, pelo credor, opera como condição suspensiva e, pois, se suspende a prescrição da pretensão à restituição. Quem paga com ressalva expõe-se à prescrição da pretensão à restituição; a assimilação a condição suspensiva é absurdo surpreendente. A *reserva* da existência da dívida ou é ato de pagamento, com o nascimento da pretensão, a esse momento, do que solve, à restituição por enriquecimento injustificado, se o credor não logra provar a existência da dívida, ou é ato de pagamento da dívida em caso de dúvida do devedor que apenas ressalva a repetição, uma vez que pagou por erro. Num e noutro caso, não há condicionalidade.

A 3º Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 2 de dezembro de 1948 *(J* 31/44), disse que, vendendo o fiduciário o bem fideicomitido, a prescrição da pretensão do fideicomissário não corre, devido ao termo inicial (art. 170, II). A prescrição não corre, aí, porque a venda foi sujeita ao termo ou condição resolutiva da propriedade do fiduciário, e não por incidência do art. 170,1º. A pretensão do fideicomissário é ao dar-se a condição resolutiva, ou ao atingir-se o termo final; então, sem qualquer vestígio do passado, a pretensão do fideicomissário à restituição nasce.

§ 688. Extensão objetiva e subjetiva da interrupção

1.

Princípio da separação das pretensões. A interrupção limita-se à pretensão que está em causa, e não se estende a qualquer outra que se irradie da mesma relação jurídica que é *res deducta;* nem se opera a respeito de outra pessoa que aquela que pratica o ato interruptívo (H. Rehbeín, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* 1, 318). Se a pretensão é parcial, a interrupção, quanto à parte, não se contagia ao resto, ainda quando há, posteriormente ao pedido, afirmação, ou afirmação e discussão do resto. Idem, se o pedido *é* que foi parcial.

Interrompe a prescrição das prestações, vencidas depois, o pedido da prestação vencida, se o vencimento foi antes de algum ato do processo que poderia ser último, no sentido do art. 173.

2.

Exceções ao princípio da incontagiabilidade. O princípio De persona *ad personarn non fit interruptio* (art. 176) é suscetível de exceções. A interrupção contra um dos obrigados, ou a favor de um dos titulares da mesma pretensão não se estende aos oufros, ou outro; nem a interrupção contra a sociedade personificada se estende aos sócios; nem vice-versa. “A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros”, diz o art. 176, V parte. “Semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados”, acrescenta a 2º parte do art. 176.

No *§* 1º explicita-se: “A interrupção, porém, aberta por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.” E no *§* 2º:

“A interrupção contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica aos outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de

obrigações e direitos indivisíveis." Quanto ao fiador, estatui o art. 176, *§* 3º "A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador."

3.

Legitimação à interrupção. Interromper a prescrição é conservar, sem encobrimento, a *ejicácia* da pretensão. Seria desatender se a interesses de terceiros, — contra politica legislativa, que tão bem se revela nas medidas assecuratórias, — só se ter como legitimado a promover a interrupção o titular da pretensão em via de prescrição. Daí o art. 174: "Em cada um dos casos do art. 172, a interrupção pode ser promovida: 1 -

Pelo próprio titular do direito em via de prescrição. II - Por quem legalmente o represente. III - Por terceiro que tenha legítimo interesse."

(a) O titular da pretensão ou da ação é sujeito ativo; pode dar-se que seja incapaz. Aí surge o problema da natureza do ato de promoção. A citação, que foi promovida pelo absolutamente incapaz, é nula, mas suscetível de sanação (Código de Processo Civil de 1973, art. 13; no Código de Processo Civil de 1939, art.

84 e *§§* 1º e 3º; a respeito, *Comentários,* 1, 321-324).

(b)

Representante, ou procurador. Se o incapaz havia de ser assistido, tudo se passa como em *(a).* Sob o Código de 1939, se o gestor de negócios, ou procurador com caução *de rato* promoveu utilmente a interrupção, dependia da sorte do processo (Código de Processo Civil, art. 110).

c)

Entenderam alguns *(e.g.,* Clóvis Bevilacqua, Código *Civil comentado,* 1, 4ª9) que terceiro interessado é, aí, somente aquele que tem algum direito quanto à prestação, como o credor pignoratício (art. 790) e o usufrutuário. Sem razão; qualquer credor do credor, quando haja

interesse na cobrança, para se pagan confor -

me negócio jurídico respeito a isso, e não só o credor pela caução, pode promover a interrupção da prescrição. Se nenhuma ligação há com o crédito, então só lhe cabe a medida cautelar do Código de Processo Civil, art. 798. Outrossim, é ir muito longe ligar o art. 174, III, ao art. 161, *verbis* "sem prejuízo de terceiro", que se refere ao credor (sem razão, L. E 5. Carpenter, Da Prescrição, *Manual,* IV, 319).

Exprobrou-se ao Código Civil falar de interrupção pelo titular da pretensão, na espécie do art. 172, V, onde o ato é do devedor (L. F. 5. Carpenter, Da Prescrição, *Manual,* IV, 317). Não há erro do Código Civil. O titular da pretensão pode promover o reconhecimento; portanto pode promover a interrupção. Quando o devedor reconhece, não promove interrupção: interrompe. O credor, interrompendo a prescrição, evita-a: o devedor, reconhecendo a dívida, se expõe, por fato próprio, à interrupção.

Capítulo IX

Nascimento, Exercício e Renúncia da Exceção de Prescrição

§ 689. Nascimento da exceção de prescrição

1.

Terminação do prazo prescricional. Atingido o último momento do prazo prescricional, nasce a exceção de prescrição, que épermanente. A oponibilidade é limitada, subjetivamente, àquele a favor de quem prescreveu a pretensão. No direito público, a eficácia da prescrição pode não ser subordinada ao exercício judicial, ou extrajudicial, pelo que é beneficiado por eia; porém não se tire dos casos, em que pode ser oposta de oficio, ou em que tenha eficácia *ipso iure,* que exista, em direito público, princípio contrário ao do direito privado. E *renunciável* a exceção (G. Planck, Kommentar, 1, Q ed., 509; R Oertmann,

Aflgemeiner Teu, 650; A. von Tuhr, *Der Aligerneine Teil,* 1, 296, III, 536; sem razão, K. Schneíder, Uber die Beseitigung der Wirkung vollendeter Verjãhrung durch Anerkenntnís, *(Jherings Jahrbocher,* 51, 30, H. Walsmann, *Der Verzicht,* 122): com a renúncia, extingue-se a exceção; não surge apenas réplica (sem razão, E. Eck, *Vortrãge,* 1, 211). A decisão a respeito é declarativa.

2.

Alegação e renúncia. A alegação de prescrição de modo nenhum implica reconhecimento de obrigação (sem razão, o argumento do relator do acórdão da Câmara Civil da Corte de Apelaçào de Minas Gerais, a 29 de maio de 1937, RF 71/345). Porque o não-devedor pode alegar prescrição, como questão prévia.

3.

Nascimento da pretensão e renúncia. A tradição do direito brasileiro é no sentido de não se poder renunciar, previamente, *á* Prescrição, que corre; ao passo que a renúncia à exceção, se já nasceu, é de admitir-se. Por isso mesmo que se não pode renunciar, previamente, à prescrição, não se pode renunciar a que se inicie o curso no momento em que a pretensão seria de exercer-se. Tratando-se de prazo preclusivo, não: se se completou o tempo, também a sua eficácia não se pode renunciar. Porque renunciar à prescrição é renunciar a exceção, que é direito; renunciar àpreclusão seria renunciar a conseqüência do nada: o que se extinguiu com a preclusão, deixou de ser fato ou efeito do mundo jurídico.

Pode alegar prescrição, isto é, opor a exceção de prescrição, quem é sujeito passivo da pretensão, ou da ação, a que a prescrição se refere. Para que outra pessoa que não o obrigado, ou o sujeito passivo da ação, possa excepcionar, é preciso que haja lei que o diga. Se lei há, tal regra jurídica criou a essa pessoa, que não é obrigado, ou sujeito passivo da ação, direito de exceção. Quando se diz que pode alegar prescrição o sujeito passivo da pretensão ou da ação, entende-se o próprio interessado na prescrição da pretensão real, ou da ação real. Alguns sistemas jurídicos incluem o fiador como legitimado a opor a exceção de prescrição, que o devedor tenha. Não é essa a melhor doutrina e a solução *de iure condendo* choca-se com os princípios. A opinião que prevaleceu no direito brasileiro foi a de que o fiador

somente pode opor as exceções extintivas (art. 1.502), não a de prescrição, que só encobre efeitos (E. 1. Bekker, Zweckvermôgen, *Zeitschrift fOr das gesamte Handelsrecht,* IV, 448 s.) H. A. Schwanert, Die *Naturalobligationen,* 458). Para que o fiador possa alegar a prescrição, é preciso que haja texto legal que o diga. Não no temos.

§ 690. Momento em que se há de opor a exceção de prescrição

1.

Exercibilidade da exceção. A exceção de prescrição funda-se em que o tempo, por sua função fixadora, torna estável, não mais removivel, impugnável, o que poderia ter sido removível, impugnável. O

que não era conforme a direito não se fez conforme a ele, expressões de que usou B. Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9º ed., 554); a não-conformidade continua, — apenas se criou encobrimento a pretensões, ou ações, que continuam, embora *encobertas.* Muito diferente é o que se passa com a usucapião, de que nasce outro direito, excludente do que existia, ou direito *ex novo.* O direito de excepcionar, que exsurge, não exclui o que existe; encobre, apenas, a pretensão ou a ação. Alcançada a prescrição, não importa quando se opõe, salvo se houve renúncia. Se não se renunciou àexceção de prescrição, continua oponível. Cada dia que passa, mais longe está, no passado, aquele dia em que se consumou; sem que, com isso, se lhe aumente a intensidade: prescrição, que se irradia agora, é tanto, e tão fortemente, prescrição quanto a que se irradiou dias, meses, ou anos atrás. (A concepção da *praescrip* tio *immernorialis,* que seria de maior potência, é estranha ao direito dos nossos dias. Todo esgotamento de prazo para prescrição tem o mesmo efeito de criar a exceção.) No direito das Ordenações Filipinas (Livro III, Titulo 50, *pr.,* e Título 20, *§* 15), a exceção de prescrição tinha de ser alegada antes de se oferecer a contrariedade (Título 20, *§* 20, *§* 15: “e na audiência dirá logo que dá aqueles artigos de exceção peremptória a embargar o processo”; “e, sem dar lugar ao autor para contrariar, assinará ao réu para a prova dez dias”). Se o réu não a alegasse no estado, fase ou renque do processo, dito

“termo”, não lhe seria “mais recebida”, salvo se jurasse que “depois do dito ser passado, veio à sua notícia”; ou “sendo ela de tal natureza que anule todo o processo e juízo, porque neste caso a poderá alegar em todo o tempo, assim antes da sentença como depois”. Era a solução

técnica da inclusão da prescrição entre as matérias sujeitas ao princípio de ordem consecutiva ou renques legais *(Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge),* com as preclusões por termos, fases ou renques, admitida, porém, a prova da ignorância.

2. *Momento de ser oposta a exceção.* Se o direito processual, na sua atenção ao princípio de ordem consecutiva legal e determinação das matérias que hão de ficar a cada estado, fase, ou renque, inclui em qualquer dos estados, fases, ou renques, anteriores ao último, a exceção de prescrição, dá-se a preclusão, se não foi oposta em tempo. Somente a decretação da nulidade do processo, ou da parte em que se situava o estado, fase ou renque, ou desistência, ou outro fato que desconstitua a relação juridica processual pode alcançar a preclusão. No direito brasileiro, o Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 577, *§* 7º, permitia embargos à execução por prescrição, com suspensão dela, nos seis dias seguintes à penhora; portanto já no juízo da *actio iudicati,* — não só na última instãnch. Tal regra jurídica nada tem com a do art. 162, que diz:

"A prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita." Corresponde essa ao art.

2.224 do Código Civil francês (uruguaio, art. 1.191; boliviano, art. 1.513). A prescrição, que pode ser alegada, é a que se operou *antes* da citação ou a que se operou depois (cf. art. 172: "A prescrição interrompe-se: 1 — Pela citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente."). A prescrição pode ter-se operado depois da citação, razão por que é fora de propósito excluir o curso posterior, erro em que incorreu Clóvis Bevilacqua *(Código Civil Comentado,* 1, 480). A alegação não pode ser feita na ação rescisória, posto que possa ter sido feita e possa a razão do pedido de rescindir o julgado consentir em desatendimento ao alegado. No recurso extraordinário, ou especial, que são instância da causa, em que se devia alegar, ainda o pode ser, bem como nos embargos de divergência do julgado que se opuserem à decisão no recurso extraordinário ou especial. E preciso, está visto, que se o Supremo Tribunal Federal tenha conhecido do recurso extraordinário, ou do especial o Supremo Tribunal Federal, ou desses embargos, para que se possa apreciar a alegação, tal como se passa a respeito de qualquer dos outros recursos.

3.

Pendente o processo. A citação, interrompendo a prescrição, produz o seu efeito interruptivo de uma vez, e não enquanto dura a instância (no sentido de causa). Todavia, *decretada a nulidade* da citação (salvo se só pela incompetência do juízo), ou se extinto o

processo sem julgamento do mêrito, tudo se esvai. A

extinção do processo sem julgamento do mérito, tal como se operava com a absolvição da instância no direito anterior (Código de Processo Civil, arts. 201-205), apaga, *ex tunc,* a relação jurídica processual; daí se tirava que *devia* atingir a citação e, pois, a sua eficácia (Manuel Mendes de Castro, *Practica Lusitana,* 1, 18: ". . .effectus producti ex actis ordinatoriis iudicii, qualis est interruptio praescriptionis, et vitium litigiosi, et alii, durant etiam perempta instantia":

* *Prescriptionis interruptio durat etiam perempta instantia).* O art. 175 diz: "A prescrição não se interrompe com a citação nula por vicio de forma, por circunduta, ou por se achar perempta a instância, ou a ação." Não só a nulidade por vicio de forma atinge a citação e, pois, a sua eficácia interruptiva. Todas as nulidades a atingem em toda a sua eficácia; exceto a nulidade por incompetência do juízo (art. 172, 1, do Código Civil e art. 219, *pr.,* do Código de Processo Civil, verbis "ainda que ordenada por juiz incompetente").

4. Nos *recursos extraordinário e especial.* Discutiu-se se, tratando-se de recurso extraordinário, pode a prescrição superveniente ao recurso ser alegada e decidida pelo Supremo Tribunal Federal. Atendendo-se a que a prescrição é *quaestio facti,* e não *quaestio iuris,* a resposta tem de ser afirmativa para a alegabilidade e negativa para a decisão (ceda, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 25 de setembro de 1944, *RF*

102/263). Ao baixarem os autos, tem o juiz de conhecer da questão, — porque o art. 162 permitiu que a qualquer tempo se pudesse opor a exceção de prescrição e foi oposta antes de entregue definitivamente a prestação jurisdicional e porque o Supremo Tribunal Federal não pode entender que a sua decisão deixou sem mais cognição da justiça recorrida essa questão de fato. Se o juiz não conhece e vem a citação para a execução, a matéria pode ser *repetida nos em bargos* (Código de Processo Civil, art. 741, VI), mas a data do exercicio da exceção de prescrição foi a em que foi alegada, perante o Supremo Tribunal Federal, a prescrição. Os princípios são os mesmos, *niutatis mutandis,* quanto a alegação e a cognição de recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal.

5.

Conteúdo do art. 162. (a) A regra jurídica do art. 162 não significa poder ser alegada a prescrição se o réu falou na causa e não exerceu o seu direito de exceção. Na contestação há de ser alegada, se já existe a *exceptio,* porque então seria de ser exercida. Se não no foi, não mais pode ser, porque ou foi interrompida com a citação, ou, se já existia a exceção, não foi exercida (2º Turma do Tribunal Federal de Recursos, 1º de dezembro de 1948, *AJ* 93/469); e.g., se não agravou retidamente, por ter o juiz julgado a prescrição no saneamento do processo, nem apelado da sentença de primeira instância (2º Turma, 10 de dezembro de 1948, *AJ* 98/469). Na instância do recurso extraordinário, não se conhece da arguição de prescrição se não foi exercida na instância inferior a exceção (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 21 de novembro e 20 de dezembro de 1949, RF 130/410 e 132/431, 12 de janeiro de 1950, 132/119), salvo se só se operou depois da conclusão dos autos para a decisão recorrida. Idem, em se tratando de recurso especial, ou de embargos do devedor. A prescrição que se pode alegar é a superveniente à sentença (Código de Processo Civil, art. 742, VI; 2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 24 de novembro de 1944, *RJB* 75/157). A respeito, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 5 de janeiro de 1950 *(LXI* de 28 de novembro de 1951, 4.545) admitiu que tal seja a regra jurídica do direito brasileiro, mas andou pesando interpretações. Tal atitude de discussão, de pesagem, de ajustamento, podem-na ter doutrinadores, que estão a rinhar, — não a Justiça: a Justiça tem de dizer, claramente, é A, não é B; por se ter afastado disso, acabou a decisão por deixar de conhecer do recurso em que se pedira a restauração do direito federal, na hipótese o art. 1.010,11, do Código de Processo Civil de 1939, símile ao art. 741, VI, do Código de Processo Civil de 1973, porque não era "evidentemente errônea" a interpretação do tribunal de cuja decisão se recorrera. Nascida a exceção de prescrição, — á primeira vez que fala em juízo o titular, ou outro legitimado, tem de exercer o *ius excepcion is.* Se o exerce e o juiz não declara encoberta a eficácia da pretensão, tem de recorrer da decisão o interessado, para que não se dê a preclusão (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de dezembro de 1938, e 25 de abril de 1939, *RT* 120/502; T Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 16 de novembro de 1948, *RF* 131/146). Se o processo está em instância superior, sem que o titular da exceção de prescrição houvesse falado e ainda que se lhe haja nomeado curador especial (Código de Processo Civil, art.

9º,ll), pode alegar a prescrição. Se falou, não; o comparecente tem de exercer a exceção e vê-la extinguir-se (errado, o acórdão da 3º Câmara

do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 15 de fevereiro de 1944, *RT*

161/779). Se o comparecente alegou a prescrição, submeteu ao juízo a matéria da sua arguição. O juiz ou tribunal tem de entregar a prestação jurisdicional. Decidido que está prescrita a pretensão, o credor tem de recorrer, ou ver passar em julgado a decisão. Decidido que não está prescrita, o dilema é para o devedor: ou recorre, para que não preclua a decisão, ou deixa que haja preclusão (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 28

de outubro de 1933, *RF* 61/393; Câmaras Reunidas do Tribunal do Rio Grande do Sul, 2 de janeiro de 1939, 1º 121/232). Se, apesar de alegada, o juiz não se pronuncia sobre ela no saneamento do processo, o que, aliás, somente contra os princípios poderia fazer (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de agosto de 1946, RT 163/541), ao juiz, na sentença sobre o mérito, ou à instância superior cabe o dever de decidir; porém, interposto recurso de agravo contra o saneamento do processo sem que se houvesse pronunciado o juiz, deve o tribunal abster-se de julgar da prescrição, para se não suprimir um grau de jurisdição. Tanto ê abuso o juiz decidir de prescrição no saneamento do processo (heterotopia de decisão) quanto dela decidir o tribunal, em cognição de recurso de tal decisão (sem razão, nesse ponto, a 2º Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 24 de novembro de 1947, *RF* 130/183).

(b) S e a prescrição é alegada após a contestação, inclusive na sustentação dos embargos, ou na sustentação de qualquer recurso, por ter ocorrido pendente o processo, não pode o juiz ou tribunal deixar de examiná-la (5º

Câmara do Tribuna! de Justiça de São Pau!o, 30 de maio de 1947, *RT* 268/562). A Q Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 21 de outubro de 1936 *(RT* 108/272), entendeu, sem razão, que a alegação da prescrição superveniente, se feita na sustentação dos embargos, não mais pode ser declarada, a despeito das expressões do Código Civil,porque não há mais oportunidade de ser ouvida a parte adversa. Ao tempo do acórdão, a praxe era converter-se o julgamento em diligência para se ouvir, nos autos, o exceto, ou se ouvir na tribuna, após o excetuante, o exceto. Com o Código de Processo Civil, ou a prescrição ocorreu antes do saneamento do processo e nada obsta a que o juiz mande ouvir-se a parte, ou após o saneamento do processo, o que permite ao juiz inserir a matéria como um dos *pontos* (art. 451), tendo a palavra o procurador do exceto, ou na audiência, ao que

facilmente se provê para a audiência da parte (art. 455), ou após o encerramento do debate (art. 456), o que supóe comparecimento tardio do réu, ou demasiado atraso do juiz. A declaração de exercer a exceção de prescrição há de dirigir-se ao credor, que exige a solução, ou à justiça.

Exercida em juízo, não precisa, se bem que seja conveniente, ser ouvida a parte exceta. A abstenção do juiz permite o recurso do que alegou a prescrição (cf. art. 162, *verbis* "em qualquer instância"); idem, o julgamento contrário. A acolhida da alegação dá ensejo a recurso pelo autor. A 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de junho de 1948 *(RT* 176/184), decidiu muito bem que, se, além da matéria infringente do julgado exeqúente, os embargos do devedor argúiam prescrição superveniente, cumpre ao juiz executor decidir sobre a prescrição.

(c)

O art. 162 não concerne aos prazos preclusivos; nem seria acertado que a eles se referisse. Os prazos preclusivos são extintivos. Se regra jurídica os fixou, *lura nouit* curto: o juiz tem odever de

declarar

a

extinção. O art. 162 somente se refere àprescrição, porque dela apenas resulta exceção. Não se precisa lançar mão de analogia para se dizer que pode ser arguida em qualquer instância a preclusão. O assunto, aí, é meramente processual: quem não alega a prescrição, se já tem a exceção, é que não a quer opor, isto é, *deixa de exercer o direito;* quem não alega a preclusão do direito, expõe-se a que o juiz não aplique o direito concernente a ela.

6.

Fazendo Pública e outras entidades. Pretendeu-se abrir exceção a favor da Fazenda Pública quanto ao princípio de que o titular do direito á exceção de prescrição tem de exercê-lo desde logo. Para se supor esse privilégio, que hoje haveriam de ter outras entidades (cp. a dicção do Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, art. 39, invocaram-se as Ordenações Filipinas (Livro 111, Títulos 44, 50, 75 e 87), onde trataram das exceções peremptórías, a Manuel Gonçalves da Silva

(Comentarío, II, 61 e a Manuel de Almeida e Sousa *(Segundos Linhos,* 238 s., nota 310). Um tanto a medo, é cedo, lançou-o A. M. Perdigão Malheiros *(Manual do Procurador dos Feitos,* 116, nota 510); mas absolutamente sem razão. As Ordenações Filipinas, nos passos que cita, trata das exceções em geral, enquanto as mesmas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título 20, *§*

15, falaram das exceções peremptórias que hão de ser opostas "antes de (o réu) oferecer a contrariedade", embora ainda pudessem ser, de novo, na própria contrariedade. Aliás, se a prescrição só se deu depois, claro que só depois poderia ser alegada, inclusive nos embargos (Livro III, Título 50, *pr.,* e 87). O Título 75

concerne à rescindibílidade da sentença, que não dá exceção, — dá direito, pretensão e ação. Quanto a Manuel Gonçalves da Silva *(Commentoria,* II, 61 s.), falando das exceções peremptórias, partia da regra jurídica geral *(Expectiones peremptorioe opponi debent in termino dato ad contrariandum libelium, et eo lapso non odmituntur),* abrindo-lhe exceções para as que ocorressem de novo *(nisi de novo superueniont),* ou que só então viessem ao conhecimento do devedor, e — quanto à prescrição — foi explícito: se a parte não na opõe, não pode o juiz declarar a prescrição, ainda que conste dos autos *(Exceptio praescription is, si a parte non opponatur, o tudice suppleri* non *potest, etiomsi de ea ex actis constet).* Nem basta, disse ele, alegar a prescrição nas razões: "Nec sufficit aliegare praescriptionem in allegationibus iuris, quia debet opponi in articulis processus." Quanto a Manuel de Almeida e Sousa *(Segundos Linhas,* 238 s., nota 310), de modo nenhum permitiu exceção àregra da alegação à primeira vez em que fa!a o prescribente. O que A. M.

Perdigão Malheiros pretendia, com a sua nota tímida e sem base, era criar mais um privilégio à Fazenda Pública, o que correspondia a manifesto pendor do seu espírito.

§ 691. Eficácia da alegação de prescrição

1.

Eficácia do fato da prescrição *e eficácia da alegação de prescrição.* A prescrição, em si mesma, é apenas o suporte fático de ato-fato juridico, de que resulta o direito de exceção. O ato negativo é o

elemento *humano* do suporte. O tempo, o elemento *extra-humano*. Esse direito é o *seu* efeito. Por si só, a prescrição não extingue a pretensão, ou a ação, nem encobre a eficácia da pretensão, ou da ação. A oposição da *exceptio* é que tem o *efeito* de encobrir a eficácia da pretensão ou da ação. A prescrição faz nascer o direito de exceção, tão-só isso. Torna encobrivel a pretensão, ou a ação. O exercício desse direito é que tem o efeito do encobrimento da eficácia da pretensão, ou da ação de outrem. Tal exercício é dependente de declaração de vontade, que se há de fazer antes de ser instaurado o processo contra o que tem a exceção de prescrição, ou durante ele, respeitado o principio de preclusão, se o há (não no temos, cp., art. 162), sem que o juiz a possa suprir ou completar. Ao réu é que se deixa alegá-la, ou não. Por isso mesmo, enquanto não é alegada, ou depois disso, a prescrição pode ser objeto de renúncia: renuncia-se ao direito de exceção, que já existe (art.

161); e não se ofende, com tal renúncia, o interesse público, porque o interesse público está em que haja prazos prescricionais, e não em que se exerça o direito de exceção, — ofendê-lo-ia a renúncia *antes* de se consumar a presalção. Exercido o direito de exceção, pode o titular dele retirar a alegação: a declaração de vontade, que é *uox,* fica revogada. A alegação da prescrição, que produziu efeito, perde-o, *ex tunc.* Por onde bem se vê que a prescrição de modo nenhum atinge o direito, a pretensão, ou a ação, *em* seu *ser;* apenas encobre a eficácia do direito: a renúncia é possível, após consumar-se a prescrição, o que não seria de conceber-se se fosse fato resolutivo; e a renúncia posterior à alegação descobre a eficácia que essa cobrira.

Não exercida a exceção de prescrição, que se tem, ao se falar, pela primeira vez no processo; extingue-se.

Outro prazo de prescrição pode, então, iniciar-se.

2.

Exceção peremptória. A prescrição é exceção peremptória. Os seus efeitos não são tão intensos quanto os das outras exceções peremptórias *(e.g.,* exceção fundada no art. 971). Consumada a prescrição, ou exercido o direito de exceção, o *débito* continua, — e continuam a própria obrigação e a legitimação passiva à ação, porque apenas podem ficar ou ficarem *encobertas* a pretensão e a ação. Por isso mesmo, o devedor pode pagar a dívida, e a sua prestação não se tem como doação; se a solve, não cabe repetição por indevido

pagamento (art. 970); nem pode o devedor, nem terceiro, que deu garantia, alegar ignorância da prescrição, nem aquele, por tê-la ignorado, pode revogar a dação, ou argúir anulabilidade por erro, se reconheceu a obrigação.

A exceção de prescrição é direito que se exerce contra o titular da pretensão, ou da ação. O direito existe antes de ser exercido. E direito ao encobrimento da eficácia. Se a pretensão ainda não foi exigida, ou se ainda não se exerceu a ação, o titular da exceção de prescrição pode retardar o exercício da exceção, mas ter interesse em que se lhe declare a existência da exceção de prescrição. Aqui, está em causa o direito de exceção, sem qualquer razão para extinção de tal direito em virtude do não-exercício em tempo. Temos mais que à pretensão prescrita é suscetível de ser-lhe declarada a existência: a sua eficácia está peremptoriamente encoberta; mas a pretensão existe, e o Código de Processo Civil, art. 4º, *J,* somente exige que se afirme e se discuta, na ação declaratória, a existência ou a inexistência da relação jurídica.

Procurou K. Hellwig *(Anspruch (ind* Klogrecht, 445) sustentar o contrário; mas sem razão: para ele, o exercício da exceção excluiria a ação declaratória. Ora, tal conclusão tornaria a exceção causa da extinção, o que deturparia o próprio conceito de exceção. Também podem ser objeto de ação declaratória a existência ou não-existência das relações jurídicas de que nascem exceções; *e. g.,* a prescrição, a interrupção da prescrição, a suspensão da prescrição, a inexistência da prescrição, ou de condição suspensiva, ou termo suspensivo, ou qualquer outro fato, que obste a ela.

3.

Eficácia da oposição da exceção. Após a alegação da prescrição, a pretensão fica encoberta; antes do encobrimento, é pretensão exposta ao exercício do direito de exceção, encobrível. Se foi cumprida a obrigação, antes de se exercer, ou depois de se exercer o direito de exceção, não há repetição por enriquecimento injustificado: de *iure condito,* porque há o art. 970; mas ter-se-ia de revelar, na falta do *art.*

970, a mesma regra jurídica, por se tratar de princípio insito no sistema juridico. Não impoda indagar-se se o titular da exceção conhecia, ou não, a existência da prescrição. Discute-se se, tendo alegado o devedor a prescrição *(=* oposto a exceção) e, não obstante, tendo sido feita a execução nos seus bens, incide o art. 970; aí, falta causa ao pagamento, porque não houve ato por parte do devedor e,

em vez disso, se infringiu a lei; donde impor-se a resposta negativa (Lippmann, Findet *§* 222 Abs. 2 8GB. Anwendurg ...?, *Deutsche Juristen-Zeitung,* 11, 1.256). Não cabe distinguir-se se a prescrição foi antes, ou se foi depois do despacho da petição de execução.

O que fica, após a prescrição e após a oposição da exceção de prescrição, é fato juridico e eficácia jurídica *menos* eficácia de exigência (encobrimento da pretensão, ou da ação). Por isso mesmo, não se pode dizer, que, prescrita a dívida, o que resta é dever moral; para se dizer que fica *obliga tio naturalis,* é preciso que se dilate o conceito de obrigação natural. Nas obrigações naturais, de regra, a pretensão não se produziu, ou já se não produz, *não é,* ao passo que a pretensão prescrita existe e pode ser ou já está encoberta. Assim, aqueles que consideram obrigação natural a obrigação prescrita dilatariam o conceito de obrigação natural *(e.g.,* L.

Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 612). Em sentido larguíssimo é que mutilação do direito seria tanto o corte à pretensão, à ação, ou àexceção, quanto o encobrimento.

De ordinário, a exceção, que nasce da prescrição, somente atinge a pretensão, que, exercido o direito de exceção, e somente após isso, fica encoberta: o direito subsiste, em si, intacto; como a pretensão, as ações e exceções, que irradiam *da pretensão,* também são encobertas por ela. Tal encobrimento depende do exercício do direito de exceção. A dívida dita prescrita é dívida exposta a ser encoberta, na pretensão, nas ações ou exceções; não é, desde já, dívida a que se encobriu a eficácia. Ainda quando se trate de pretensões não-patrimoniais, cuja prescrição, no direito brasileiro, pode ser declarada de ofício. Aliás, a melhor construção para essa particularidade co direito brasileiro é a do exercício do direito de exceção pelo próprio juiz. O

Estado tem interesse próprio em tais exceções, e o art. 166 permite ao juiz e aos membros do Ministério Pública que as invoquem, exercendo o direito de exceção que, a respeito de tais obrigações, *também* cabe ao Estado.

4. *Pretensões reais.* Se, a respeito de direitos reais, houve prescrição da ação, sem se ter dado usucapião por outrem, ou extinção do direito real, ao titular do direito real, a começar pelo titular do domínio, persiste esse direito, embora exposta a encobrimento a pretensão reivindicatória, ou outra. O possuidor de má-fé pode alegar a

prescrição da ação real quanto ao imóvel (art. 177), antes de usucapir (art. 550): fica dez anos ainda, se presente o dono, para que se perfaça o tempo da usucapião, ou cinco, se ausente. Dir-se-á que o domínio, se lhe ficou exposta a encobrimento a pretensão, é quase nada: falta-lhe qualquer defesa, é *dom inium sine Te.*

Tal observação é superficial. Se o que poderia exercer a exceção de prescrição não a exerce, ao propor o dono a ação reivindicatória, ou se perde a posse, como se, sem sucessão, a posse vai a outrem, a pretensão real livra-se do eventual encobrimento, porque o direito de exceção não foi usado, a tempo, ou desapareceu. O

prazo que antes correra só dizia respeito ao direito de exceção, que nasceu após ele, e, por falta de exercício oportuno ou por outro motivo, se apagou. Fala aí A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* III, 538) de nova pretensão, para cuja prescrição não se conta o tempo em que o possuidor precedente possuísse a coisa; porém o conceito de nova pretensão é inadmissível em tal espécie: a pretensão real é a mesma; não importa contra quem se dirige, no momento; o que é ligado a cada possuidor é a exceção de prescrição; nova seria a exceção de prescrição que nascesse ao novo possuidor. Se o dono, após a prescrição da pretensão reivindicatória, volta a ter a posse da coisa, a exceção extingue-se. Se recuperou a posse, após a prescrição, por ato de esbulho, o possuidor tem proteção possessória. Restituida a posse, por ato dele, ou por mandado judicial, pode ele propor a ação de reivindicação, onde o possuidor esbulhado pode exercer a exceção de prescrição da ação reivindicatória, que foi exceção escapa ao esbulho. Se o possuidor deixa transcorrer o prazo de ano e dia, somente pode pedir a restituição pelos meios ordinários. Se deixa transcorrer o prazo de dez anos, entre presentes, ou quinze, entre ausentes (art. 177), preclui o direito à proteção possessória; porque o direito oriundo da posse é direito real, recai sobre a coisa, as pretensões do possuidor são pretensões reais, no sentido que tem “ações reais” no art. 177.

Clóvis Bevilacqua *(Código Civil comentado,* III, 48) escreveu: “Não há prazo para a extinção da ação de força velha. Prescreve, conseqUentemente, em trinta anos. Mas nesse tempo já se terá consumado a usucapião, segundo o preceito nos arts. 550 e 551, 618 *e* 619. A ação de força velha será útil somente dentro do prazo, em que ainda se não haja realizado o usucapião, cuja consequência é a perda de posse anterior” Sem razão. No direito anterior, a prescrição era de trinta anos, se o possuidor não tinha título, e de dez, ou vinte, se o tinha (Manuel de Almeida de Sousa, *Tratado* dos *Interditos,* 217 *s.)* Correia Teles, *Doutrina das Ações, §* 188, nota 3), tal como se dava

com a ação de reivindicação (Meio Freire, *Institutiones,* III, 30: "Jure igitur nostro res mobiles triennio, res immobiles, et actiones in rem decem anflis inter praesentes, et viginti inter absentes praescribuntur"). Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado dos Interditos,* 217) explicou: "Nós não temos lei que decida da prescrição das forças velhas. Devemos decidir a questão pela generalidade das mais leis. Se reputamos o espólio em quase delito, prescreve sua ação em vinte anos, Ord. L. 1, T. 84, *§* 23. Se vemos o espoliador mesmo possuindo sem titulo, ele precisa do tempo de trinta anos, ex Ord., L. 4, T. 3, *§* 1, e T. 69. Se o vemos com título e boa-fé possuindo por dez anos a coisa espoliada sem violência, ele prescreve por dez anos entre presentes e vinte entre ausentes, ex Ord., *§* 1. E deve estar aqui a regra *Quandiu durat ius in re, tandiu durat actio realis inde oriunda.*" O jurista português viu que a ação é *real,* e lançou mão das regras jurídicas sobre prescrição das ações reais, exprobrando a indistinta aplicação da prescrição trintenal, relativa às ações pessoais. João Rodrigues Cordeiro *(Dubitationes luris,* d. 42, nº 21) referiu incidir a regra jurídica dos trinta anos, porém não porque fosse pessoal a ação, mas sim fundado na L. 11, C., *unde* vi, 8, 4, que entendia estendível, a despeito. dos seus termos. António Joaquim Ribas *(Da Posse,* 339) entendia que, não havendo regra jurídica sobre a prescrição das ações de força velha, a aquisição por outrem, por usucapião, é que extinguiria, — confusão que infirmou, à base, a sua argumentação e na qual não cairia espírito sagaz como Manuel de Almeida e Sousa. A ação possessória é real, porque é irradiação da situação real (cf. Martin Wolff, *Lehrbuch,* 111, 27º-32º ed., 11; Tribunal da Relação do Ceará, 31 de agosto de 1926).

A argumentação de Astolf o Resende *(A Posse e sua proteção,* lii, 200-27) revela desconhecimento da teoria da posse segundo o Código Civil, e mais se funda na distinção entre direitos reais e direitos reais *stricto sensu,* que aliás desconhecera. A pretensão a cortar a raiz que passa por meu terreno (art. 558) é real, sem estar na lista do art. 674.

No sistema jurídico brasileiro, é sem importância discutir-se se a prescrição da pretensão reivindicatória influi na existência dos direitos reais limitados. O não-uso da servidão, por dez anos, extingue a servidão, de modo que a interrupção ou a suspensão do prazo prescricional da pretensão reivindicatória (dez anos, entre presentes; quinze anos, entre ausentes, art. 177) não alteraria o curso do não-uso decenal (art. 710, III), que só se interrompe com o uso, por se tratar de *exercício de direito.* Quanto ao usufruto (art. 739, Vi), ao uso (art.

745), ao direito de habitação (art. 748), à hipoteca (art. 844, VI), a

prescrição das respectivas ações reais extingue-os; mas os titulares podem não os ter deixado prescrever, a despeito de deixar o dono do bem que prescrevesse a ação de reivindicação. Cumpre, ainda, observar-se que, com a terminação da eficácia do registro hipotecário (art. 860; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 212 e 238), se extingue o direito real limitado. Com a prescrição da ação negatória, extingue-se a servidão, ou usufruto, ou o uso, ou a habitação.

5.

Pretensões pessoais. Também prescrição só atinge a pretensão. continua incólume. O credor, a quanto aos direitos pessoais, a No mais, a situação do credor que prescreveu, ou precluiu a pretensão, ou a que precluiu, ou prescreveu a ação, continua com direito à prestação. O devedor pode negar-se a prestar, não pode negar o seu dever de prestar A pretensão está exposta a ser encoberta pelo exercício do direito de exceção, por parte do devedor; ou está extinta, se o prazo é preclusivo. Ou está prescrita, ou preclusa, a ação, conforme o prazo é prescricional, ou preclusivo. Por isso que o crédito que teve a eficácia pretensional encoberta pela prescrição não pode ser exigido, porém não deixou de ser crédito, o credor não ficou privado de alegar a compensação, que não se prende à pretensão, *e sim ao próprio crédito.*

6. Compensabilidade e *garantia.* Dividas prescritas são compensáveis, se o exsurgimento da compensabilidade foi anterior à prescrição. Nem a prescrição obsta a que o credor obtenha garantia real (hipoteca, penhor, anticrese, caução), ou pessoal; nem a que se dê transferência de propriedade em garantia, ou cessão fiduciária. A despeito da prescrição, o credor que recebeu algo para se satisfazer não está inibido de utilizá-lo para sua satisfação. Quando à fiança, não está exposto o credor a que o fiador oponha prescrição, porque a lei lhe dá o exercício das exceções do devedor, *extintivas* da obrigação (art. 1.502; *aliter,* direito alemão, *§* 768), e a prescrição não no é. Se o devedor adimple a obrigação, desconhecendo a prescrição, não pode repeti-la (art. 970, 1ª parte). Aquele, a que prescreveram as ações hipotecárias, anticréticas, pignoratícias e caucionais, ou de uso, usufruto ou habitação, sem se ter, ainda, registrado a extinção do direito, ou, não se tratando de imóveis, sem se ter dado por extinto, se recebe do devedor, ou do dono do bem dado em garantia, a prestação de garantia, não fica sujeito à repetição.

7. *Exceções que subsistem.* Se do direito, e não da pretensão, emana alguma exceção, a prescrição da pretensão não na atinge; *e.g.,* de retenção, *non adimpleti contractus.* No sistema juridíco brasileiro, a retenção pode dar-se pela própria pretensão prescrita; aliás, assim se deveria entender no próprio direito alemão (sem razão: A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teu,* III, 3ª1; H. Rehbein, *Das Búrgerliche Gesetzbuch,* II, 91; E

Schollneyer, *Aligemeiner Teil,* 90; E Regeisberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjãhrung, *Jherings clahrbúch3r,* 41, 33ª; F. Schlegelberger, *Das Zurúckbehaltungsrech;* 147; certo: *P.* Langheineken, *Anspruch und Einrede,* 180 e 330; R Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 92; E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 712, nota 17).

(a) A exceção de contrato bilateral inadinplido permanece, porque exsurgiu do crédito mesmo, com a bikteralidade do contrato, e não da pretensão. Uma pretensão prescreveu; a outra, não. O titular da pretensão não prescrita exigia; se a *exceptio* non *adimpleti contractus* fosse oriunda da retensão, não na teria, porque a eficácia da pretensão estaria encoberta, e estaria desarmado diante do outro contraente. Mas a e:ceção de contrato não adimplido nasce do crédito, diretamente, e subsiste à prescrição, uma vez que encoberta está, em sua eficácia, apenas a pretensão. A bilateralidade é entre créditos; e dela é que resulta a exceção: não presto enquanto não prestares. Se uni pudesse exigir, e outro não, ter-se-ia unilateralizado o contrato, - o que seria mudança na própria essência. Não se precisa ir à invocação de postulado de justiça, como E Regelsberger (Zur Leh~ von der Wirkung der Anspruchsverjãhrung, *Jherings Jahrbúcher.* 41, 330 s.). Nem se precisa procurar fundamento em não ter interesse em exigir quem ainda tem de prestar. O que vendeu a cosa pode deixar de entregá-la se prescrita está a pretensão quanto ~o preço. A exceção também nasce e subsiste à prescrição da pretensão se o contrato é unilateral e se bilateralizou nos efeitos, como se dá no mandato, na gestão de negócios e no empréstimo (W. von Hoegen, *Die Wirkung der Veria hrung,* 16), uma vez que outro contraente passou a ser credor.

(b) A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, qu a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam c valor (art. 1.101). Tratando-se de coisa móvel, o prazo preclusivc é de quinze dias (art. 178, *§* 2º); tratando-se de coisa imóvel, re seis meses (art: 178, *§* 5º, IV). A ação é inconfundível com a açio por inexecução ou execução incompleta ou defeituosa do contrdo. Se o adquirente avisou o vendedor da

existência do vicio, ou, pelo menos, expediu aviso antes de precluir o prazo, pode, após o tempo para propositura da ação, se recusar a pagar o preço, nos mesmos termos em que se poderia a isso recusar se houvesse proposto ação. A exceção nasce, aí, do crédito, e não se pode dizer que não tenha sido exercido, dentro do prazo, o direito de pedir a rescisão, ou a diminuição do preço, nos termos do próprio aviso. O adquirente tem, a propósito, ação declaratória (P. Oedmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 461; G. Planck, *Kommentar,* II, 383). A exceção pode ser exercida quer na ação de cobrança do preço, quer na ação riera restituição da coisa (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 815). A exceção extingue-se, pela renúncia, se o adquirente paga, depois do aviso, o preço, ou, depois do aviso, aceita a duplicata mercantil,

(c)

No direito brasileiro, o direito de retenção subsiste à prescrição da pretensão. A solução é, de i *ure condendo,* a melhor; andou cedo o legislador brasileiro em não ligar à pretensão o direito da retenção. A pretensão está apenas encoberta; o direito de retenção não no foi. Tratando-se de direitos mutilados, não épela falta da pretensão ou da ação, que não há o direito da retenção, mas sim por ser regra do nascimento de tal direito que os direitos mutilados não no geram.

(d) A exceção de crime subsiste, a despeito da prescrição da ação de anulação por dolo ou coação. Obteve A de B contrato, em que empregou documentos falsos para obter de B o consentimento *(e.g.,* documentos que provariam ser A o dono da coisa, sem no ser) e E processou-o, criminalmente, sendo A condenado. O

contrato é anulável por dolo. Imaginemos, porém, que prescreveu a ação de anulação pelo dolo, por se terem passado os quatro anos (art. 178, § 9º V, *b),* 2º parte), e não acreditar B que A, sendo condenado, viesse a pedir a execução do contrato. Passa em julgado a sentença contra A; a despeito disso, A propõe ação de condenação para haver o preço, ou deposita em consignação a coisa, para que B a receba, ou pede perdas e danos. O contrato é válido. Discute-se, porém, se há exceção de dolo (exceptio dolo, que aqui é apenas a exceção do crime, do delito penal, se bem que de direito privado; bem assim se há a exceção de coação *(exceptio metus* causa). Mas as duas exceções resultam de principio geral de direito: o crime não pode aproveitar ao criminoso. Do assunto já antes tratamos, ao versarmos o problema das exceções.

§ 692. Modo de exercício do direito de exceção

1. *Exercício do* direito *de* exceção. Para se exercer o direito de exceção de prescrição, é preciso que se *declare* a vontade de excepcionar. Tal declaração de vontade é semelhante às declarações de vontade que se exigem para o exercício das outras exceções. De se dizer que a oposição da exceção há de ser em declaração de vontade resulta que não basta circunstância que indicie o ter havido vontade de excepcionar.

O Código Civil não diz que os juizes, em geral, não podem conhecer da prescrição se não exercida pela titular, a exceção. O Código Civil, art. 166, só lançou a regra, em se tendo de examinar pretensão de ordem patrimonial: "O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, se não foi invocada pelas partes."

2.

Momento para excepcionar. O momento para se excepcionar de prescrição é qualquer momento após o ter-se completado o tempo. Pode a lei estabelecer que, no processo, só se possa opor, utilmente, exceção de prescrição até cedo estado da causa (principio processual de preclusão). Tal fixação só diz respeito ao processo em que se ultrapassou o termo preclusivo e se esse processo vinga, indo até sentença final eficaz.

Porque — se se desiste da "ação", ou se se decreta a nulidade do feito, ou se se extingue o processo sem julgamento do mérito segundo o art. 267, 1-Vil, IXXI, do Código de 1973, — no outro processo, que se intentar, se dá nova oportunidade ao excipiente e nova preclusão, se não exerce o seu ius exceptionis. O

princípio de ordem consecutiva legal (Prinzip der gesetzlichen Reihenfolge), se apanha a prescrição, em virtude da existência de estados, ou fases, ou renques, num dos quais se haja de opor a prescrição, tem como conseqüência com a coisa julgada formal da sentença final (não com a da sentença sobre o estado, ou fase, ou renques), estabelecer-se a coisa julgada material para a inalegabilidade da prescrição, extinguindo-se a exceção *de direito material.* Estudaremos o art. 162.

3.

Limite de eficácia. A prescrição é exceção. Tão-só exceção. A alegação de estar prescrita, por exemplo, a obrigação cambiariforme de modo nenhum implica reconhecimento de divida, como insinuou o relator do acórdão da Cãmara Civil da Corte de Apelação de Minas Gerais, a 29 de maio de 1937 (1W

71/435), argumento, aliás, estranho ao acórdão.

4. *Alegação e fundamentação*. Alegada pela parte interessada *a* prescrição, não é preciso que cite a regra jurídica em que se funda para se ter por prescrita a pretensão: *lura* novit *curia (4º* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de abril de 1944, RT 154/153). Se opõe a exceçao, citando o texto, em que não cabe a espécie, pode o juiz aplicar outro, se é o que incide in casu. Quem opõe a exceção de prescrição tem de provar que o tempo decorreu (quaestio factO, invocando a lei. Se o juiz entende que outra lei é que rege a espécie, pode ele dar por prescrita, ou por ainda não-prescrita a pretensão *(lura* nouit curici!). A suspensão e a interrupção são fatos cuja prova incumbe ao titular da pretensão (cf. O. Planck, *Konimentcir,* 1, 556). O que opõe a exceção tem de *alegar e provar* o fato de que se começou de contar o prazo e *alegar* que não houve exercício da pretensão durante todo o transcurso do prazo. Não precisa afirmar, se resulta do que disse o titular, qual o momento em que surgiu a pretensão, se bem que apontar o inicio do prazo já seja aludir à pretensão, que alguém diz ter (6. E. Betzinger, *Die Beweislcst, 32 ed.,* 176; O. Rutz, *Die gesetzliche Bel ristung,* 43 s.; H. Beckh, *Beweislast,* 194).

5.

Ordem de exercício e ordem de exame. A afirmação de que a preliminar da prescrição sobreleva (= há de ser julgada antes) a qualquer outra defesa quanto ao mérito da ação (Supremo Tribunal Federal, 29 de novembro de 1922, *RSTF* 51/86) há de ser recebida em termos: por exemplo, pode o próprio réu ter posto alternativa, como se disse “não existe (ou é nulo) o negócio jurídico (ou é ineficaz), ou está prescrita a pretensão”; pode resultar das circunstâncias a alternativa; pode a exceção só ter sido oposta na superior instância, entendendo o réu que a sentença há de ser examinada primeiro; pode ter sido alegada extinção do direito que se haja de apreciar antes da alegação de prescrição.

Só se pode recusar prestação que se exija, portanto que se possa exigir. Se o credor quer demandar pela divida prescrita e o devedor tem as duas exceções, a de prescrição e a non *cdimpletf contrnctus,* tem ele a escolha, ou a faculdade, sendo primeira a de prescrição.

§ 693. Ação regressiva contra os administradores

1.

Relativamente incapazes. Diz o art. 164: "As pessoas, que a lei priva de administrar os próprios bens, têm ação regressiva contra os seus representantes legais, quando estes, por dolo, ou negligência, derem causa à prescrição." Excetuados os absolutamente incapazes, a prescrição corre contra todos os que são privados de administrar os seus bens. Portanto, contra os relativamente incapazes, se bem que tenham de ser assistidos, e não representados, no sentido dos arts. 384, V, V parte, e 426, 1, 1ª parte, assaz restrito. Se a alguém nasce, contra o relativamente incapaz, exceção de prescrição, oponivel em ação pessoal ou real, e houve culpa (=

dolo ou negligência) do pai, ou mãe, titular do pátrio poder, ou do tutor, ou do curador, compõe-se o suporte fálico do art. 164 do Código Civil. O que se diz quanto à mulher casada, também se entende com o marido, em se dando espécie do art. 251.

O ato negativo do que administra o interesse lesado, com o nascimento da inevitada exceção de prescrição, entra no mundo juridico como ato ilícito *relativo.* Dizemos ato ilfcito relativo, porque se trata de violação de dever de diligência, perante o administrado com os pressupostos do art. 164. Desse ato ilicito relativo irradiam-se dever e obrigação de indenizar, em que, afinal de contas, se resolve, de ordinário, a eficácia da ação regressiva. Não há, na lei, a restitutio *in integrum* (art. 5º) Com a criação da ação regressiva, deu o Código Civil solução técnica de grande alcance, que minora, de cedo modo, as consequências da prescrição contra os relativamente incapazes e a mulher casada, ou o marido, nas espécies do art. 251. Os absolutamente incapazes e aquelas pessoas que se incluem nas duas classes de que cogita o art. 169, II e III, nenhuma atuação têm nos negócios, devido a circunstãncias pessoais (art. 169, 1) ou político-

sociais (art. 169, li e III), e merecem a solução radical de não correr contra eles prescrição. As pessoas, de que trata o art. 164, têm atuação, pois que somente são assistidas (arts. 384, V, 2º parte, 426, 1, 2º parte), e seria excessivo fazê-las incólumes à prescrição.

2. *História do art. 164.* A ação regressiva, nas espécies de que se fala no art. 164, tem a sua história. No art.

2.278, o Código Civil francês, depois de dizer que as prescrições particulares (arts. 2.271-2.277) correm contra os menores e interditos, acrescentou: "sauf leur recours contre leurs tuteurs". As razões, que se invoca-vam, eram bem mofinas. Por que somente há de haver regresso em se tratando de prazo curto de prescrição?

O Código Civil brasileiro não tem qualquer ligação com esse pensamento; nem com as justificativas sugeridas pelos juristas franceses. O fundamento do art. 164 é todo outro; contra as pessoas, de que se trata nessa regra jurídica, o prazo de prescrição corre; mas aquele que administrava, durante o tempo, em que se não evitou a prescrição, é legitimado passivo na ação de regresso.

3.

Pluralidade de responsáveis. Ao prazo prescricional pode corresponder a atividade de mais de uma pessoa, que, por dolo, ou negligência, tenha deixado de evitar que a prescrição se com sumasse. Se o suporte fático somente quanto a uma se compõe *(e.q.,* foram duas, e uma delas deixa à outra, que lhe sucedeu, instruções sobre a necessidade de se interromper a prescrição, sem que já se houvesse caracterizado o dolo, ou a negligência), somente contra ela se pode propor a ação regressiva. Se o suporte fático se compõe quanto a duas ou mais, todas têm o dever e a obrigação, segundo o art. 164; e a ação há de ser dirigida contra cada uma delas, ou contra todas. Há tantas ações quantos os atos ilícitos relativos, se bem que o impode do pedido seja dependente da relação causal entre a omissão e o dano. O litisconsórcio, que se estabeleça, é facultativo próprio: não pode ser recusado pelo autor, nem pelo réu, ou pelos réus, sem mais. Não se há de pensar em litisconsórcio necessário: não há comunhão de interesses; há apenas conexão de causas (cf. Comentários *ao Código de* Processo *Civil de 1939,* 1, 337 s.).

4.

Ação condenatória e importe do dano. A prestação jurisdicional, se favorável a sentença proferida na ação regressiva do art. 164, é a de condenação no quanto do dano causado. Se, por acaso, a prestação, a que se dirigia a pretensão do autor, se acha, pendente a lide, no patrimônio do réu, pode o juiz condenar o réu a entregá-la, como se estivesse em mãos do que exerceu a exceção de prescrição. Em todo o caso, a ação é apenas, ainda ai, condenatória, e não executiva, ou constitutiva. Há, portanto, a alternação: prestar o que foi afastado com a exceção; ou o equivalente. Se a exceção de prescrição não foi exercida pelo que devia prestar, e o réu lhe sucedeu na divida e, pois, na exceção, o art. 164 tem a consequência de fazer nascer ao credor exceptio *exceptionis:* contra a exceção do devedor opõe o credor a exceção do art. 164. Se a exceção de prescrição ainda não nascera ao devedor quando a divida passou ao que administra os interesses da pessoa protegida pelo art. 164, não *nasce* mais, devido ao art. 168, I,II e III.

5.

Pretensões a que se refere o art. 164. O art. 164 ainda suscita a questão de se apontarem quais os créditos que dão ensejo à incidência da regra juridica. Somente podem ser os créditos a respeito dos quais existia, da parte do administrador, o dever de diligência. Se algum dos créditos , ou alguns créditos, escapavam, por exemplo, a administração do marido, não lhe corria o dever de diligencia: prescrição somente podia ser evitada pela própria mulher.

6.

Analogia e art. 164. As pessoas que forem privadas por lei, de administrar algum bem seu, ainda que não sejam relativamente incapazes, como a mulher casada, ou o marido (art. 251), têm a ação regressiva do art. 164.

§ 694. Declaração da prescrição

1.

Declaração de encobrimento *de eficácia.* A afirmação judicial de que prescreveu a pretensão é declaração de que foi encoberta a pretensão pela exceção de prescrição (comunicação de conhecimento +

petiturri de encobrimento). Tratando-se de pretensões patrimoniais, o juiz somente o pode declarar depois de exercida a exceção de prescrição. Tratando-se de pretensão não-patrimonial, a declaração é logicamente posterior, mas cronologicamente simultânea à alegação. De regra, a prescrição somente pode ser arguida *ope exception* is. Todavia, nada obsta a que se invoque o art. *4ª,* 1, do Código de Processo Civil (ação declaratória de encobribilidade de eficácia).

2.

Declaração de ser encobrível a eficácia. A prescrição não se passa no plano da existência da pretensão, nem no plano da validade do ato juridico; é fato que ocorre no plano da eficácia, onde se pode perguntar se existe, ou se não existe o efeito prescritivo, que é encobrimento da eficácia da pretensão, ou da ação. Daí poder-se pedir a declaração de existir, ou não, a prescrição (cf. 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de agosto de 1944, *RT* 153/124), independentemente da alegação (exercício) da exceção, ou como questão prévia a essa.

3. *Eficácia das* decisões. Se foi julgado que o devedor tem exceção de prescrição, a coisa julgada só firma que a exceção de prescrição existe; nada declara quanto ao exercício. Por isso mesmo, se, em outro juízo, foi proposta ação de condenação, não ofende a coisa julgada a decisão que, após aquela, declare que o titular da exceção não na exerceu, no processo, em tempo oportuno. A decisão que julga ter sido exercido o direito de exceção entende-se, na dúvida, ter declarado a existência da exceção e o seu exercício. Se, em vez disso, a decisão excluiu qualquer exame da exceção, quanto à sua existência, para somente afirmar o exercício pelo titular, que pode não na ter, não há coisa julgada sobre a existência da exceção. A decisão sobre a nãoexistência da exceção de prescrição faz coisa julgada material, porém há de ser verificado se a pretensão, a que se refere a prescrição, é a mesma a respeito da qual se julgou quanto à não-existência da exceção.

À pretensão prescrita, repita-se, pode ser-lhe declarada a existência: a sua eficácia é peremptoriamente encobrível ou encoberta; mas a pretensão existe, e o Código de Processo Civil, art. 4º, 1, somente exige que se afirme e se discuta, na ação declaratória, a existência ou a inexistência da relação jurídica. Procurou K.

Hellwig *(Anspruch und Rlagrecht,* 445) sustentar o contrário; mas sem razão: para ele, o exercício da exceção excluiria a ação declaratória. Ora, tal conclusão tornaria a exceção causa de extinção, o que deturparia o próprio conceito de exceção. Também podem ser objeto de ação declaratória a existência ou nãoexistência das relações jurídicas de que nascem exceções ou limites a elas, e.g., a prescrição, a interrupção da prescrição, a suspensão da prescrição, a inexistência da prescrição, ou de condição suspensiva, ou termo suspensivo, ou outro fato, que obste a ela.

§ 695. Renúncia *à* prescrição

1.

Conceitos. Há a *renúncia á prescrição* e há a *retirada da* alegação de prescrição, que quase sempre envolve aquela. A renúncia à prescrição é declaração unilateral de vontade, não submetida a exigências de forma (art. 161, alínea E, verbis "expressa, ou tácita"), e receptícia. "Tácita é a renúncia, quando se presume de fatos do interessado, incompativeis com a prescrição" (art. 161, alinea 2º). O reconhecimento do crédito pelo devedor, antes de se consumar a prescrição, interrompe o prazo prescricional (art. 172, V); depois, pode conter renúncia tácita. Pode bastar, para isso, que, consumada a prescrição, o devedor dê garantia ao crédito.

Não é renúncia o pagamento ao credor, ou o expirar do último momento, em juízo, para se alegar a prescrição (cf. art. 162), porque, aqui e ali, o devedor deixou extinguir-se o seu ius excepcionis, o que ocorre ainda que não tivesse tido conhecimento da exceção.

2.

Renúncia prévia e ajuridicidade. No art. 161 diz-se que "a renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem

prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar". Seria renunciar ao que ainda não é, ao direito que ainda não existe, renúncia à prescrição *in fieri*. Com isso, a lei afastou a entrada no mundo jurídico de quaisquer renúncias prévias. Não há nulidade; há inexistência.

Chama-se renúncia prévia à que é anterior ao nascimento da pretensão, pois não haveria a que renunciar: seria absurdo renunciar-se a prescrição de pretensão ainda não nascida (2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 18 de julho de 1944, *RF* 102/257); idem, a renúncia anterior àprescrição, mas já após o nascimento da pretensão. A sanção não é a de nulidade, nem a da simples ineficácia; a chamada renúncia prévia não entra no mundo jurídico. Qualquer decisão do juizo, que afirme ter sido prévia a renúncia, é declarativa, e não constitutiva negativa.

3.

Pressupostos da renúncia. Para renunciar à exceção de prescrição, é preciso que o titular desse direito tenha *poder de dispor*. Não porque tal renúncia equivalha, ou tenha o mesmo resultado que a criação de nova divida, ou exponha o patrimônio (sem razão, A. von Tuhr, *Aligemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts,* II, § 81, III); e sim porque o próprio *ius exceptionis* é elemento da esfera jurídica, ou desse patrimônio, tratando-se de exceção a direito patrimonial. A renúncia pelo falido não atinge a massa; não é eficaz. A renúncia pela mulher titular, no que dependeria de assentimento do marido a assunção da obrigação, é anulável (no direito processual, nula); bem assim a renúncia pelo marido titular, se a assunção da obrigação dependeria do assentimento da mulher. A renúncia pelo titular absolutamente incapaz é nula; pelo titular relativamente incapaz, anulável.

A renúncia à prescrição é ato de disposição; depende de poderes especiais e expressos. Quem tem poderes para alienar não tem para renunciar à prescrição e pagar. O pai ou mãe, titular do pátrio poder, pode renunciar à prescrição das pretensões pessoais (arg. aos arts. 385 e 386), não à das pretensões reais sobre imóveis (art.

386); *a* fortiori, quando a prescrição é suporte fático de regra jurídica sobre extinção de direito *(e.q.,* arts. 739, VI, 745, 748 e 840, VI). Os tutores e curadores, para a renúncia à prescrição, precisam de autorização judicial (arg. ao art. 427,11 e VII). Cedo, quanto aos

tutores e curadores, o voto vencido do Desembargador Cunha Barreto ao acórdão do Tribunal de Apelação de Pernambuco, a 19 de julho de 1944 *(AF* 15/165), e o mesmo tribunal, a 9 de abril de 1945 *(AF* 17/289).

A renúncia à prescrição, manifestação unilateral de vontade, não é sujeita a exigência de forma (P. Oedmann, *Aligerneiner Teil,* 650; K. Cosak, *Lehrbuch,* 1, 6º ed., 316; C. Crome, System, 1, 5ª0; P. Langheineken, *Anspruch tind Em rede,* 285; bilateralizamna E. Suppes, *Der Einredebeqriff,* 14 s. e outros; cp. E. Hólder, Uber Ansprúche und Einreden, *Archiv fOr die ciuilistische Praxis,* 93, 81). Entendia Th. Kipp (B.

Windscheid, *Lehrbuch,* 1, T ed., 214) que, se o contrato, de que proveio a pretensão, foi formal, por exigência de lei, é preciso contrato formal para renunciar àexceção. Sem qualquer razão, porque a exceção nada tem com o contrato; a pretensão, sim.

As ações de direito de família são irrenunciáveis e, de regra, imprescritiveis; se prescritiveis, é, de regra, renunciável a prescrição.

4.

Renúncia em *juízo* e fora *dele.* O devedor pode renunciar àexceção de prescrição que já se consumou (aliás, a exceção somente nasce quando a prescrição se completa). Tal renúncia pode ser em processo, ou fora dele. O reconhecimento da divida prescrita, sem se dizer que se abre mão da exceção, não é renúncia. Não assim o negócio jurídico bilateral declaratório, porque, com o acordo de vontades dos contraentes, novo vinculo se constitui e dele se irradiam nova relação jurídica, novo direito e dever. No sistema jurídico brasileiro, tal reconhecimento não precisa ter forma escrita, se não seria exigida para a divida reconhecida.

(No direito alemão, a doutrina dividiu-se: pela obrigatoriedade da forma escrita, C. Crome, *System,* 1, 5ª1, nota 10, E. Hôlder, *Allgemeiner Teil,* 450, A. von Tuhr, *Der Allqernemner Teil,* III, 537, nota 207, R

Oedmann, *Allgernemner Temi,* 64ª, 1 Meisner, *Das Búrgerlmche Gesetzbuch,* 1, 191, G. Planck, *Konirnentar,* 1, 555, J. Biermann, *BOrgerliches Recht,* 369, 8. Matthiass, *Lehrbuch,* 1, 156, Zeiler in Kempten, Anspruchsverjährung und Schuldanerkenntnis, *Archiv for die civilistische Praxis,* 103, 466; contra, H. Rehbein, *Das BOrgerliche*

Gesetzbuch, 1, 333, E Regelsberger, Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjâhrung, *Jherings (Jahrbúcher,* 41, 339.)

5.

Renúncia expressa e *renúncia tácita.* Se, após a prescrição, há reconhecimento da pretensão, sabendo da prescrição o reconhecente, entende-se que ele renunciou àquela, e novo prazo prescricional inicia-se. Se o reconhecente desconhecia a prescrição, não se pode pensar em renúncia ao que era ignorado: o reconhecimento formal, ou não, não na contém. A discussão na doutrina alemã não tomou o rumo que devia: parou demasiado na distinção entre reconhecimento formal e reconhecimento não-formal *(e.q.,* E Endemann, *Lehrbuch,* 1, 563; C. Crome, *System,* 1, 541; E Oertrnann, *Aligemeiner TemI,* 64ª; A. von Tuhr, *Der Aligemeine TemI,* III, 5ª7, nota 207; contra os que sustentam caber o efeito renunciativo, se aformal, sem se ter de apurar se houve, ou não, ciência da prescrição, E Regelsberger, Zur Lehre von der Wírkung der Anspruchsverjährung, *Jherings JahrbOcher,* 41, 328 s.). A questão é de interpretação do ato jurídico de reconhecimento, que pode conta a renúncia à prescrição, ou não na conter Muito diferente é o que se passa com o reconhecimento antes de se completar o prazo prescricional, porque tem a *eficácia* de interromper o frazo prescricional.

O Tribunal de Apelação de São Paulo, a 29 de janeiro de 1942 *(RT* 139/665), afirmou que “a renúncia expressa à prescrição ainda são consumada, mesmo que não valha como tal, constitui reconi-ecimento inequívoco dos direitos do credor, causa interruptiva da prescrição, na forma do art. 72, V, do Código Civil”.

“Asstn”, acrescentou, “a prescrição não ocorreu na espécie, pois a Ela renunciaram os réus e, se o documento não valesse como renún:ía expressa da prescrição ainda não consumada, valeria no entanto como reconhecimento inequívoco dos direitos do autor, causa irterruptiva da prescrição, na forma do art. 172, V, do Código Civil.” A confusão ressalta. Ou o documento *a)* somente contêm reconhecimento, no sentido do art.

172, V, ou *b)* contém reconhecimento e renúncia (na hipótese, prévia, portanto juridicamente *inexistente)* ou somente contém renúncia. Quem renuncia à prescriçãc nem por isso reconhece; pode mesmo ter interesse em que se decida sobre a existência ou validade do negócio juridico, ou sobre a existência do direito ou da pretensão. A própria

renúncia válida, posterior ao nascimento da exceção de prescrição, não contém reconhecimento, nem importa em reconhecimento: *e.g.,* se o Devedor deixa de exercer a exceção, renuncia a ela, porém de módo nenhum se pode dizer que, com isso, reconheceu o direito do autor. Se a renúncia válida não é, nem importa reconhecimento, com mais forte razão a renúncia nula, ilegal, que não pode ter qualquer efeito (arts. 161 e 145, V).

Quem dá garantia à divida renuncia à prescrição; salvo se ressalva que não renuncia a ela, e, então, a garantia é de dívida prescrita: não se pode cobrar a dívida, exige-se a garantia, cuja ação tem prazo prescricional próprio. A garantia por outrem não tem o efeitd de renúncia.

Entend?Se que houve renúncia tácita à exceção de prescrição, se, apresentado o titulo em juízo, inclusive em concurso de credores, ou em falência, não se argúi a prescrição (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 24 de novembro de 1944, *AJ* 80/341; 2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 24 de novembro de 1944, *RJE3* 75/157; Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, 11 de março de 1949, *RT* 183/870).

Não importa em renúncia tácita a reserva de quota para pagamento de dividas do inventário, ainda se o herdeiro ou o inventaflante explicitamente não se opôs, porque a reserva de *quota* (Código de Processo Civil, art. 1.001) supóe alguma impugnação (3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 22 de maio de 1945, RF 103/87), à diferença da separdçãO *de bens* para pagamento de dividas (Código de Processo Civil, arts. 1.017-1.021). Se houve uma ou outra medida, é questão de interpretação da decisão judicial.

No acórdão de 23 de abril de 1926, o Supremo Tnbunal Federal *(DJ* de 27 de outubro de 1931, 7.113) adiantou que a renúncia à prescrição há de resultar, claramente, dos “documentos” oferecidos. Mas tal afirmativa há de ser recebida em termos, porque o art. 161 admite a renúncia tácita, para a qual apenas se hão de exigir atos inequívocos (12 de dezembro de 1945, *DJ* 16 de julho de 1945, 2.345). Nem todos os atos inequívocos constam de documentos.

Eficácia. A renúncia faz cair a exceção de prescrição, que se consumara; mas, desde *o* momento em que ela cai, começa de correr outro prazo prescricional. Não se trata de prescrição interrompida: trata-se de novo prazo de prescrição, que está sujeito às mesmas regras de suspensão e de interrupção É erro dizer-se (e.g., A. de Almeida Oliveira, A *Prescrição,* 279) que a renúncia à prescrição faz reviver a obrigação. Com a prescrição, não se extinguiu a pretensão e, pois, não morreu a obrigação: ambas continuaram. Pretensão e obrigação são efeitos; a prescrição só se passa no plano da eficácia: torna-a encobrível; alegada, encobrea. Com a renúncia, o devedor fá-la não encobrível Por isso mesmo, o devedor que paga a divida não pode repetir o pagamento: tornou náo~encobriveí a eficácia do fato jurídico, ou a descobriu, se já alegada, *e ao mesmo tempo* solveu a divida, ou satisfez a pretensão. O que apenas renuncia à prescrição faz inencobrível a eficácia; e deixa para momento *posterior* solver a dívida ou satisfazer a pretensão. Quem faz reviver divida extinta, cria novo fato jurídico, e paga o imposto correspondente ao ato de criação; o que solve divida prescrita, ou satisfaz pretensão prescrita, não cria e, pois, não paga aquele imposto: o selo no recibo é selo que o recebedor apóe ao ato de recebimento.

Se alguém deve, pelo mesmo titulo, ou títulos semelhantes, a duas ou mais pessoas, a renúncia à prescrição quanto a uma não importa em renúncia à prescrição contra a outra ou as outras (Corte de Apelação de São Paulo, 22 de laneiro de 1936, *RI* 104/299): para que se desse renúncia à prescrição quanto a todos os devedores, seria preciso que uma só fosse a pretensão. No Código Civil, só se há de atender aos arts. 171 e 176.

7.

Ineficácia relativa. O art. 161, alinea 1ª diz que a renúncia "só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar". Não se admite renúncia a direito, que ainda não é; só após completarse o prazo prescricional há exceção de prescrição, a que se renuncie. A renúncia prévia não é *nula* (arts. 145, II, e 161, alínea 1k); é inexistente. Qual, porém, a sorte da renúncia com prejuízo de terceiro? ~A sanção à lei é a invalidade, ou a ineficácia relativa? A despeito da expressão "valerá", que se refere à posterioridade do ato de renuncia, entende, acertadamente, o 12 Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 7 de março de 1950 *(RJ* 186/129),

que a renúncia vale, se posterior ao nascimento da exceção de prescriçáo, porém é ineficaz contra terceiros (ineficácia relativa).

8. *Prazos preclusiuos.* Aos prazos preclusivos não se renuncia; nem são eles, em principiO, suspensiveiS, nem intermptíveis nem estão sujeitos à regra jurídica do art. 166, que somente ao obrigado dá a alegabilidade da prescrição em matéria de direitos patrimoniais *(1º* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de agosto de 1944, RE 102/86).

Capitulo X

Prazos Prescricionais

§ 696. Prazos de prescrição e direito romano

1.

Perpetuidade da eficácia. No direito romano, a perpetuidade era a regra; e isso correspondia às convicções filosóficas e ao estado de evolução econômica. Dai ter sido preciso dizer-se que a pretensão era prescritível, para que o fosse; e não haver teoria gera! da prescrição. A princípio, nenhuma pretensão ou ação prescrevia. Foi o direito pretório que instituiu a temporalidade (H. IR Fick, *Diss. qui intersit... inter exceptionem ternporis actionibus perpetuis opponendam et alias quas dicunt temporis proescriptiones* 15; G.

Demelius, *Untersuchunqen,* 82 s.) e pode-se dizer que só no século V após Cristo se formulou regra jurídica da prescrição das pretensões (L. 3, C., *de praescriptione* XXX *vel* XV *annorum, 7,* 39 Teodósio III, ano 424, L. un., C. Th., *de actionibus certo tem pore Jiniendis,* 4, 14): "Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium mineme protendantur. sed si qua res vel ius aliquod postuletur vel persona qualicumque actione vel persecutione pulsetur, nihilo minus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda: eodem etiam in eius valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere iure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem. nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per adnotationem, promeruisse responsum, vel etiam iudiciis adlegasse, nisi adlegato sacro rescripto aut in iudicio postulatione deposita fuerit subsecuta per exsecutorem conventio. Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenia, sed pupilíari aetate dumtaxat, quamvis sub tutoris defensione consistit, huic eximenda sanctioni. nam cum ad eos annos pervenerit, qui ad sollicitudinem pertinent curatorís, necesSario eis similiter ut aliis annorum triginta intervaíla servanda sunt. Hae autem actones annis triginta continuis extinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquitus temporibus limitantur. Post hanc vero temporis definitionem nuíli movendi ulterius facultatem

patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit." Como as ações reais especiais, também não se estendem por intervalo maior de vinte anos as ações sobre universalidade e as pessoais, e ficam à parte as ações para cobrança das contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS, cujas pretensões têm sua eficácia encoberta com o transcurso de lapso trintenal. Mas, se se reclamar alguma coisa, ou algum direito, ou se alguma pessoa for demandada em qualquer ação ou perseguição, todavia se há de temer pelo autor a prescrição de vinte anos: o

mesmo tem cabimento respeito a pessoa que intenta reivindicar coisa dada em penhor, ou hipotecada, não ao seu devedor, mas a outrem que a possui por longo tempo. Assim, pois, as açoes, que antes não se promoveram, por continuado silêncio de vinte anos, desde que, por direito, começaram a competir, não tenham mais possibilidade de subsistir por mais tempo. Nem baste que, tendo alguém pretendido, haja obtido ceda resposta especial, ainda que fosse anotação, ou que haja alegado em juízo, salvo se, invocado rescrito sagrado ou deduzida em juízo petíçao, se houver seguido a citação por meio de executor. Não deve ser desculpada contra esta lei a fragilidade do sexo, nem a ausência, nem o pertencer à milícia, mas há de se eximir da sanção a idade pupilar, ainda quando se ache sob a defesa do tutor. Pois quando passarem os anos que pertençam à solicitude do curador, necessariamente se hão de observar, respeito a eles como quanto aos de mais, os intervalos dos vinte anos. Mas extingam-se com vinte anos contínuos as ações que se tinham por perpétuas, não aquelas que estavam limitadas por antigos prazos. Mandamos que depois dessa determinação do tempo a ninguém fique faculdade de promover questão ulterior, ainda que tente escusar-se com a ignorância da lei.

2.

Temporalidade edilícia. Somente quanto a cedas ações continuou no direito comum e no hodierno a temporalidade edilícia. Sem razão, portanto, G. Hanausek (Die *HaJtunq des Verkãufers,* 296 s.), ao pretender que permanecesse a de todas, no direito romano mais novo e no direito hodierno (cf. 6. Demelius, *Untersuchungen,* 104; M. Biermer, *Frist und Verjàhrung, 9,* nota 23).

§ 697. Prazos prescricionaís

1.

Tempo, elemento do suporte fático. O decurso do tempo éelemento essencial do suporte fático, que se torna, entrando no direito, o fato jurídico da prescrição; não no é a boa-fé, que vemos eventualmente ligada ao elemento do tempo, *e.g.,* nos cômputos para a usucapião. Nas Ordenações Filipinas (Livro IV, Titulo 79, *pr.),* por influência do direito canônico, incluía-se a boa-fé; mas já a Lei de 18 de agosto de 1769, § 12, as derrogara (cf. Teixeira de Freitas, Consolidação *das* Leis *Civis,* nota 2 ao art. 854), o de que não se deram conta alguns juristas e juizes.

Há prazos prescricionais de dias, de meses e de anos. Não há prazos prescricionais de horas.

2. Contagem dos *prazos.* Na contagem dos prazos prescricionais, não há a regra jurídica do art. 125 (exclui-se o *dies a* quo e inclui-se o dies *ad* quem). O último dia há de ser completo. Não cabe, hoje, a regra *Dies* inceptus *pro finito habetur.* Se a prescrição é de dez dias, o primeiro dia em que poderia ser exercida a pretensão conta-se.

A contagem dos prazos de prescrição por anos não obedece ao art. 125, nem ao § 1º. A prescrição por anos é por anos concretos, como os anos de idade, considerados os períodos de doze meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte (Lei nº 810, de 6 de setembro de 194ª, art. 12), e não por anos abstratos (= trezentos e sessenta e cinco dias), nem por anos-soma (= doze vezes trinta dias). A prescrição abstrai da diferença entre anos vulgares e anos bissextos. O dia inicial conta-se, como se conta o dia inicial da locação por mês, ou por semana, ou por ano. A inatividade, a falta de exercício, começou no dia em que nasceu a pretensão. A prescrição por mês conta-se do dia do início ao dia correspondente do mês seguinte (Lei nº 810, art. 2º); a prescrição por ano, é como observado, porque a lei definiu "ano" (Lei nº 810, art. 1º). A contagem dos prazos de ano, ou de anos, em se tratando de prescrição, ou de usucapião, é por aniversário, com o que não se despreza, em verdade, o primeiro dia, mas se vê o tempo como completado. Daí falar-se de ação de ano e dia (art. 543) para a reintegração ou manutenção da posse: o esbulhador ou turbador atinge o aniversário da posse ou da turbação (se 1º de janeiro, ao iniciar o 12 de janeiro do ano seguinte), até quando o esbulhado ou turbado pode propor a ação interdital (Código de Processo Civil, arts. 920-931), isto é, se a turbação ou esbulho foi

de menos de ano e dia, porque se foi de mais de ano e dia o turbado ou esbulhado só tem a ação ordinária. A prescrição consuma-se com o aniversário: se nasceu a 1º de janeiro a pretensão, ao findar o 1º de janeiro do ano seguinte prescreve a pretensão que está sujeita a prazo de um ano.

No direito brasileiro, não há regra jurídica que diga, como a do art. 2.260 do Código Civil francês, contar-se o prazo de prescrição por dias, e não por horas; mas L. E 5. Carpenter *(Manual,* IV, 354-356) chegava, através do direito francês, às regras Dies *a quo* non *computatur* in termino *e Dies ad quem computatur* in *termino,* por ser o art. 2.260 „preceito tão razoável e justo que seria absurdo sustentar que não está subentendido no Código brasileiro"(?). Não lançou mão do art. 125. Em verdade, L. E 5. Carpenter viu no art. 2.260 os dois princípios, e eles não estão lá, — o que lá está é negação do *Dies coeptus* pro *completo habetur,* que não temos. Se o jurista brasileiro precisava de lei estrangeira, teria mais perto o Código Civil português, art. 562, que mandava contar o primeiro dia. Temos, hoje, a Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949, arts. 12, 2º e Acertadamente, a 3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de agosto de 1933 *(RT* 89/299), decidiu que, "embora o Código Civil não o diga, o prazo de ano corre desde o dia em que teve começo até igual dia do mês no ano em que deve terminar". Frisou-o a Lei nº 810, arts. 1º e 3º,

§ 698. Prazos prescúcionaís: rigidez

1.

Aumento e diminuição negociais. O prazo de prescrição não pode ser diminuído, nem aumentado, por meio de negócio jurídico. Só a regra jurídica pode aumentá-lo, ou diminuí-lo. Nem o negócio jurídico pode pré-excluir causa de suspensão, ou interrupção. A sanção contra cláusulas, que aumentem ou diminuam o prazo, ou criem ou pré-excluam causas de suspensão, ou de interrupção, é a nulidade, O resto do negócio jurídico pode valer, pela separabilidade entre tais cláusulas e o negócio jurídico, ou mesmo ato jurídico stricto *sensu,* em que se inseriram (art. 153, 1º parte). Quanto aos prazos a que se referem os arts. 178, §§ 2º e 5º, IV, 1.101-1.105, não são prescricionais; são

preclusivos: podem ser, indiretamente dilatados, previamente, mediante prazos de garantia; ou prorrogados. Resta saber-se se podem ser aumentados para além dos vinte anos, prazo máximo do art. 177. As opiniões dividiram-se: há os que o admitem, entrando no mundo jurídico e sendo válidas tais cláusulas de garantia (G. Planck, *Kommentar, „13* ed., 386; E. Goldmann-H. Lilienthal, *Das BUrgerliche Gesetzbuch,* 1, 505; K. Cosack, *Lehrbuch,* 1, 6º ed., 5ª7; B. Matthiass, *Lehrbuch,* 285); e há os que o não admitem (P. Oedmann, *Allgemeiner Teu, V* ed., 45ª; L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 313-35º ed., 377; C. Crome, *System,* II, 474). Se o prazo de garantia alude à dilatação do prazo do art. 178, § 2º, ou § 5ª, IV, trata-se de pré-aumento; se alude a estar correndo o prazo e precisar-se de mais, ou conceder-se mais, há prorrogação (= dilatação pelo dobro); se não se alude ao prazo preclusivo, e se formula prazo de garantia, à parte, há-se de entender, ainda na dúvida, que somente após descobrir-se o vício, dentro do prazo de garantia, éque se começa de contar o prazo preclusivo (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 377, nota 7). Pode dar-se que o prazo de garantia resulte de manifestações tácitas de vontade, *e.g.,* se a montagem das máquinas tinha de ser posterior ao último dia do prazo normal, ou se a descoberta do vicio somente poderia ocorrer depois de prestação parcial posterior àquele dia. Se o prazo de garantia só é concernente a cedo vício, para os outros corre o prazo preclusivo. Em se tratando de garantia que apenas envolva responsabilidade por estragos, ou consertos, não se entende pré-dilatado o prazo preclusivo.

Para K. A. D. Unterholzner *(Verjáhrungslehre* 1, 93), seria possível pacto sobre a dilatação da prescrição; nasceria exceptio *pacti.* Citou ele a L. 31, § 22, D., *de* aedilicio edicto, 21, 1, que de modo nenhum o prova (cf. E von Savigny, System, IV, 412, que sustentou o contrário, invocando a regra jurídica *lus* publicum *privatorum pactis mutari* non potest, L. 38, D., *de pactis,* 2, 14).

2.

Abreviação do prazo prescricional. No direito brasileiro, não há regra jurídica escrita, que permita abreviar-se o prazo prescricional *(aliter,* no direito alemão, § 225, 2º pade). Tal regra jurídica, para existir em qualquer sistema jurídico, precisaria estar nas leis, ou provir de longa tradição juridica. *De lege ferenda,* é aconselhável que se não admita a regra jurídica da diminuibilidade, tanto mais quanto, nos sistemas jurídicos que a acolhem, logo surgem problemas extremamente delicados, como o dificultar-se, contra a boa-fé, o exercício da

pretensão ligada à invalidade, ou à eficácia do negócio jurídico, ou o envolver-se, na limitação, pactum *de dolo* non *praestando.* Uma das razões para se não admitir a regra jurídica da diminuibilidade está, outrossim, em se poderem alcançar os mesmos resultados práticos, sem inconvenientes, com a inclusão de termo final ao crédito, ou à pretensão, ou condição resolutiva ao seu exercício.

Tampouco seria de admitir-se prazo de preclusão para as demandas, se bem que seja possível inserir-se cláusula de condição resolutiva do crédito, ou da pretensão.

3. *Cláusula de prescrição ao* imprescritíLiel. Nenhuma pretensão imprescritivel pode tornar-se, negocialmente, prescritivel. Nem se pode dizer que o prazo prescricional da pretensão somente começará de outro dia que aquele que a lei marca. Isso não importa em que se não possa fixar, à vontade, o vencimento de alguma obrigação; pois, aí, o começo, segundo a lei, supõe esse vencimento.

§ 699. Prazos prescricionais: início

1. *Tempo e* dimensão. O tempo é elemento necessário do suporte fático da prescrição. Para explicar a aquisição da propriedade pela boa-fé, no direito francês (art. 2.279), que, à diferença do direito brasileiro (art.

622), a tem para os móveis em geral, alguns juristas franceses recorreram à noção (artificial) da aquisição por

"prescrição instantânea", com o que eliminavam o *tem pus* e estabeleciam, no sistema jurídico, a propósito do conceito de prescrição, contradição indisfarçável. Não há prescrição — *praescriptio temporis* — sem *tem pus.*

O primeiro problema de técnica legislativa, que se apresenta aos elaboradores de regras jurídicas sobre prescrição, é o de fixação dos prazos prescricionais; pois o da possibilidade dq pretensão, ou da ação, suscetível de prescrição, de si mesmo se põe e se resolve, salvo

quanto a um ou outro caso, raro, de se ter de escolher entre a prescrição e a preclusão. O arbítrio de legislador, *de lege ferenda,* é limitado; não é mais do que a pequena margem, que lhe deixam a ciência e a história, uma vez que essas já trazem rijas convicções sobre a duração dos diferentes prazos, em função da natureza das pretensões e ações. Seja como for, a crítica científica tem exprobrado, com razão, a rigidez excessiva de alguns prazos, que a história sugeriu, ou os legisladores adotaram, e o serem demasiado longos alguns outros. O prazo do vintênio, por exemplo, que é o ordinário, segundo o art. 177, para as ações pessoais, tem sido apontado como destoante do ritmo rapidíssimo da vida de hoje *(e.g.,* A. von Tuhr, *Der Alígemeine Teil,* 111, 509). Pode-se dizer o mesmo quanto à prescrição no quindênio e no decênio do art. 177, fixadas para as ações reais.

2.

Início do prazo. A regra é que a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão, ou da ação. A pretensão nasce quando já se pode exigir de alguém ato ou omissão; a ação, quando já pode ser intentada, ou já se podem praticar os atos necessários àsua intentação (propositura). A pretensão real supõe a existência do direito real, ou situação real (posse); a pretensão pessoal, a do crédito, ou direito pessoal.

(a) É cedo que se pode demandar por prestação futura, mas tal ação é sem relevância para a prescrição: se aquele, que tem crédito não dependente de contraprestação, ou ação para desocupação, ou outro ato, a dia certo do calendário, propõe, antes, a ação, ou se pede que se incluam em sentença os dias em que se têm de pagar prestações periódicas, ou apenas sucessivas, se não dependem senão do tempo, a sua ação é de condenação, podendo dar ensejo à execução forçada, *á adio tudicati;* mas a prescrição não se iniciou, por se tratar de ação pré-situada no tempo. As circunstâncias da ação, principalmente a ausência de qualquer contraprestação de que dependa a prestação futura, permitem que se crie ação anterior àquela a cujo nascimento corresponderia o início da prestação. Aliás, quando se junta ao pedido de condenação à prestação principal o de condenação a perdas e danos posteriores, também se exerce ação de condenação à prestação futura, ou eventual, ou acessória; e ao nascimento de tal ação cumulada à principal não corresponde o início da prescrição. Em todos esses casos, não importa se o prazo tem de ser fixado pelo autor, ou pelo réu, ou pelo juiz: não é com a proponibilidade da ação; nem é com a propositura; nem é com a fixação do prazo, que se inicia a prescrição. Dá-se o mesmo e, pois, falha o *principio da correspondência*

do nascimento da ação com o início *da prescrição,* se se trata de ação para que alguém não cause dano com o uso do mesmo nome, ou, se já causado, o indenize. Sempre que a ação só se refere a fato futuro, ou omissão futura, o seu nascimento é anterior à prestação vencida. Não se deve incluir no mesmo rol (sem razão, 1(. Hellwig, *Anspruch und Klagrecht,* 125) a ação do locador por ter o locatário usado a coisa contrariamente ao contrato, porque aí (arts. 1.192, 1, e 1.193)

há exercício de direito formativo extintivo (resilição do contrato), salvo se *ainda* não se iniciou o uso (seria declaratória a ação), ou quanto ao pedido de perdas e danos futuros. A ação possessória do art. 501 (interdito proibitório, Código de Processo Civil, arts. 932-933) renasce a cada "justo receio" de "violência iminente"; não há cogitar-se de prescrição, porque a iminência do ato turbativo, ou esbulhativo, é elemento mesmo, conceptual, da ação. Em geral, o preceito cominatório, por ser pré-situado no tempo, nasce sem dar inicio ao prazo de prescrição. Miguel de Reinoso *(Observationes Practicae,* 470) viu, no seu tempo, o problema: "Sic (isto é, "generale est . . .non dari praescriptionem") in iis quae merae facultatis sunt, et voluntatis, vel gratis fiunt, nuilum ius quaeritur adversario, neque ulIa causatur praescriptio, aut aliqua in futurum obligatio."

(b) A ação da prestação atual, em qualquer das espécies, éque marca o início da prescrição. As ações de abstenção podem ser propostas quando já se iniciou a prescrição de alguma pretensão *(e.g.,* se há atos sucessivos, passados, ou passados e presentes, e futuros, de que resultem danos): tais ações só se referem a *cessar,* portanto a ter de começar a abstenção "desde a citação".

Do que acima se expôs resulta que a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão, ou da ação, para haver a prestação *vencida.* Ainda seria apenas aproximação, porque há as prestações que já podem ser pedidas, mas cujo adimplemento só se há de realizar a pedido do titular. Nos créditos a prazo, o crédito já existe; a pretensão ou a ação ainda não nasceu: o crédito a prazo não é crédito futuro. Ali, há inexistência da ação, agora; aqui, *minus* em conteúdo. Se a pretensão já nasceu, *e.g.,* se houve o advento do prazo, o crédito a conteúdo deficitário se "completou", em conteúdo, no tempo. Se a pretensão já nasceu, mas há de ser pedido o adimplemento, a prescrição começa do dia em que se produzir o seu pedido de adimplemento.

Sabe-se qual o momento de que se há de contar o prazo prescricional, verificando-se quando nasceu a pretensão, ou ação. Não se pode chegar a qualquer resultado seguro sem se conhecer: *a)* qual o suporte fático que entrou no mundo jurídico; *b)* qual a espécie de fato jurídico que se produziu (fato jurídico stricto *sensu,* ato ilícito, ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto* sensu, negócio jurídico); *c)* qual o direito que dele se irradiou; *d)* qual a pretensão (ou qual a ação) que se irradiou do direito. Há, sempre, *quaestiones* juris e *quaestiones facti,* ao longo do caminho que vai da incidência da regra jurídica à irradiação de eficácia. Daí ter sido errado, em sua generalidade, o acórdão das Câmaras Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 14 de abril de 1944 *(RT* 15ª/ 687), que disse ser só questão de fato a apreciação sobre o termo inicial da prescrição. Ainda quando se trate de continuação de contagem, por suspensão, ou de recontagem, por interrupção, a proposição é de repelir-se, porque a questão pode ser quaestio *iuris,* misturada, ou não, com *quaestio facti.*

3.

Exigibilidade. Quando não se preestabeleceu o momento da prestação, em lei, ou em cláusula de negócio jurídico, pode o credor exigi-la imediatamente. Aqui, tem-se de apurar se a cláusula do negócio jurídico tem de ser expressa, ou se pode ser implícita ou resultar das circunstâncias. O Código Civil, no art.

95ª, apenas diz: "Salvo disposição especial deste Código e não tendo sido ajustada época para o pagamento, o credor pode exigi-lo imediatamente." O ajuste compreende a manifestação da vontade *por palavras,* de maneira tal que se possa comprovar o que se disse, ou *silente,* ou *por atos,* ainda que tenham outro fim próximo, se deles se pode inferir a fixação; se não se pode ter certeza quanto ao que se quis, entende-se que se permitiu ao credor exigir imediatamente a prestação.

O prazo de prescrição das ações relativas à sucessão a causa de morte começa a partir da abertura da sucessão, salvo quanto à entrega de legados, se concernem ao fato da entrega *(e.g.,* a coisa *a,* em vez da coisa *b).* O art. 178, § 2º, e o art. 178, § 5º, IV, não se referem àpretensão à indenização por ato ilícito absoluto, isto é, a pretensão fundada nos arts. 150 e 160. Assim, em se tratando de ação de indenização segundo os arts. 15ª

ou 160, o dano é mediato.

§ 700. Prazos gerais, ordinários ou comuns

1. *Espécies de prazos.* Há os prazos *gerais* (ordinários ou comunº) e os *especiais* (extraordinários ou excepcionais).. O art. 179 estatui: "Os casos de prescrição não previstos neste Código serão regúlados quanto ao prazo, pelo art. 177." E o art. 177: "As ações pessoais prescrevem ordinariamente em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez) entre presentes, e, entre ausentes, em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas." A alusão à propositura da ação mostra que, se há, na espécie, pretensão desmunida de ação, a prescrição não começa de correr.

Ações, nos arts. 177 e 178, são as pretensões; não as "ações", no sentido de remédio processual, ou rito (cf. 5º

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, lº de março de 1937, *RT* 108/779, *Ai* 42/275), nem as ações.

Ainda depois do Código Civil alguns juristas e juizes têm pretendido que as ações de nulidade prescrevem em vinte anos. Com isso, inserir-se-ia no sistema jurídico brasileiro grave erro, de que nos haviamos libertado. Tanto mais grave é a repetição de tais opiniões sem fundamento em regra jurídica quanto é evidente o absurdo em qualquer das espécies de ações de nulidade. Ê fácil de ver-se. Imaginemos que a criança, aos doze anos, tenha vendido a jóia, que não entregou, porque a mãe a trancara no cofre. O contrato de venda e compra é nulo, por incapacidade absoluta do vendedor. Aos quarenta e dois anos é citado o vendedor, para cumprimento do contrato. O réu alega a nulidade; o autor opõe que a ação de nulidade está prescrita. O absurdo é tal que não merece maior desenvolvimento da crítica. Ações de nulidade não prescrevem; prescrevem ações de anulabilidade. Em vez do caso do menor, podemos pensar no do louco, que vai a cartório e vende a casa, ou a herança do pai. Vinte anos depois, o comprador vem com ação reivindicatória, o réu alega nulidade do contrato de venda e compra e o autor opõe exceção de prescrição.

Outra espécie: A e B vendem o prédio do Estado; passam-se vinte anos; se o comprador pede o prédio, o vendedor ou qualquer interessado, principalmente o Estado, alega a nulidade e o comprador

opõe exceção de prescrição. O fazendeiro vendeu a fazenda em simples escrito datilografado, que assinou; vinte anos depois vem o comprador pedir o registro do título, por estar prescrita a ação de nulidade. Não há prescrição quanto a ação de nulidade, como não há prescrição da ação declaratória negativa ou positiva. O

titular da ação de nulidade não precisa propô-la; basta que alegue a nulidade ao ter-se querido emprestar ao ato jurídico algum efeito. Para evitar que se lhe atribua tal efeito, que o ato não tem, alega ele a nulidade, dando ensejo a que o juiz desconstitua o ato jurídico incidentemente, como o poderia desconstituir de oficio.

Nem se compreenderia que o tempo apagasse o que o juiz não pode suprir, nem os próprios interessados ratificar.

2.

Alcance do art. 177. As regras jurídicas do art. 177 cobrem todas as espécies em que a pretensão é prescritível e não se lhe fixou prazo menor de prescrição. Pré-excluem, podanto, *de lege lata* (não *de lege feren da),* que se cogite de prazos maiores do que aqueles que se estabelecem no art. 177. Explicita-o o art.

179, que seria riscável da letra do Código Civil porque está contido na generalidade conceptual do art. 177.

As regras jurídicas do art. 178 e as que já existiam, ou vieram a ser editadas, em *leges speciales,* operam como exceções ao art. 177; inclusive as que se contêm no Código Comercial. As vezes surgem dúvidas quanto a ser de aplicar-se o Código Civil, ou a *lex* specialis, ou ainda, o art. 177, ou algumas das regras jurídicas do art. 178; ou, dentro da *lex specia lis,* a regra jurídica geral, ou mais geral, ou a regra jurídica exceptiva.

Se, à época da entrega da coisa, prestada em virtude de contrato, houve ato ilícito do que prestou, de modo que se há de pensar em inadimplemento da obrigação, a prescrição não é a do art. 178, § 2º, ou do art. 178, §

5º, IV (ação de abatimento do preço ou ação redibitória), a que o Código Civil criou prazo preclusivo, nem a do art. 178, § 9º, V, *b),* concernente à ação de anulação do negócio jurídico por dolo (ação constitutiva negativa, por invalidade), mas sim a do art. 177, que se

refere à ação pessoal por inexecução das obrigações contratuais (arts. 1.056-1.061), ação inconfundível com aquelas três (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 3ª8). Em igual prazo prescreve a ação do comprador do imóvel contra o vendedor, por não existir, a favor do imóvel, a servidão, que se mencionou na escritura de alienação, ou por existir, contra o imóvel, servidão, uso, usufruto, direito de habitação, hipoteca, ou outro gravame ou encargo real, a despeito da omissão da escritura, ou em contrário dos seus termos (O. Warneyer, *Kornmentar,* 1, 348). Em igual prazo prescreve a ação do comprador do bem móvel contra o vendedor, por existir ação de reivindicação por terceiro e não ter o vendedor meios para assegurar a vitória na ação, por parte do comprador, ou do vendedor, que se inseriu na relação jurídica processual. O que teve ganho de causa na ação possessória, por ter tempo para usucapir, ou que obteve sentença favorável na ação de usucapião, não está imune à pretensão do que perdeu o domínio, por má-fé do possuidor: a ação fundada no art. 15ª, ou, *a contrario sensu,* no art. 160, somente prescreve em vinte anos, ao passo que já se completou, *ex hypothesi,* o prazo preclusivo do art. 619 (G. Planck, *Kommentar,* 1, 511; O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 348; sem razao, E. Hólder, *Aligemeiner Teu,* 415, e E. Riezier, em á. *v.*

Staudingers Kommentar, 1, 4º ed., 700 s.). Se sobreveio reconhecimento contratual de divida, o prazo de prescrição é o de vinte anos, e não o da prescrição curta que acaso tinha a pretensão reconhecida (O.

Warneyer, *Kommentar,* 1, 3ª8). Se ocorrem, oriundas do mesmo suporte fático, duas ou mais pretensões, a prescrição relativa a uma é sem qualquer influência sobre a outra, ou sobre as outras (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 3ª8).

§ 701. Ações pessoais

1. *Prazo ordinário.* O prazo ordinário para a prescrição das ações pessoais é o de vinte anos. Se a ação é prescritivel e não há prazo marcado em lei, regem os arts. 179 e 177. O primeiro cuidado que há de ter o intérprete, ou juiz, ao ter de verificar se está prescrita a pretensão, ou a ação, é o de verificar a classe de pretensões, ou ações, na qual se inclui a pretensão, ou ação, de que se trata. Sem rigorosa e precisa discriminação, tudo que disser, ainda com as aparências de

raciocínio perfeito, é arriscado. Tanto mais quanto, muitas vezes, sob o nome que se deu à pretensão, ou à ação, jazem pretensões e ações diferentes, umas prescritíveis, outras não, umas pessoais, outras reais. Tem-se de atender a cada pretensão, quiçá a cada uma das ações, classificá-la, ver-lhe a regra jurídica de prescrição, medir o tempo corrido, examinar se houve, ou não, suspensão, ou interrupção, e qual foi ou quais foram: somente depois é dado decidir sobre a prescrição da pretensão, ou da ação, de que se trata.

2.

Espécies mais típicas. Seria demasiado analisarem-se as ações pessoais, ainda só de direito civil, que podem ocorrer. Algumas, porém, por menos estudadas, nos merecem trato à parte.

(a) A pretensão de abstenção não supõe culpa, mas supõe contrariedade a direito; prescreve no prazo de vinte anos, salvo se a lei criou remédio especial, que, de ordinário, tem prazo preclusivo.

(b) A pretensão derivada da aceitação de assinação de dívida prescreve em vinte anos, inclusive se comercial.

Se a aceitação foi antecipada, começa o prazo prescricional com a entrega da assinação ao receptor, porque somente nesse momento nasce a pretensão.

(c) O direito à renda vitalícia, — uma vez que o ato jurídico éconcebido como gerador de direito unitário, portanto com a atribuição da renda *desde logo* (consequência: a mora não daria pretensão à resolução, segundo art. 1.092, parágrafo único, se não houvesse o art. 1.427, in /ine), — escapa à regra juridica do art.

178, § 10, II. Discute-se se é prescritível, ou não, a pretensão unitária. Pela prescrição ordinária, O. Gierke (Deutsches *Priuatrecht,* III, 803) e Oegg *(Das Borgerliche Gesetzbuch,* II, 415); pela imprescritibilidade, L.

Enneccerus *(Lehrbuch,* II, 548), que distingue o direito e as pretensões. No direito brasileiro, a renda constituída (arts. 1.424-1.430) também se entende unitária; a renda constituída sobre imóveis, com o registro (arts.

1.431, 74ª-754), também, a despeito do art. 1.427, *in une.* Portanto, só

incide o art. 178, § 10, II, quanto às prestações. O direito expectativo éimprescritível. A respeito da constituição de renda sobre imóveis, de que nasce direito real e se irradiam pretensões reais, cumpre distinguir: *a)* o direito unitário, direito expectativo, que não prescreve, nem preclui; b) o direito real, com as suas pretensões reais, que se não extingue por prescrição, ainda se prescrevem as pretensões reais, salvo regra de preclusão *(e.g.,* art. 739, VI); *c)* as prestações, que prescrevem no quinquênio art. 178, § 10,11). A ação de resolução ou resilição do art. 1.427, *in fine,* não concerne às prestações, mas ao negócio jurídico; portanto escapa ao art. 178, § 10, II; a prescrição é a ordinária. Atingido o prazo para que se constituiu, a averbação do direito real pode ser cancelada. Diz-se que o art. 178, § 10, IV, é ocioso, por existir o art. 178, § 10, III. Sem razão. Os aluguéis são objetos de direito expectativo, que se origina do contrato de locação, — desse irradia-se, de inicio, direito unitário. A prescrição das pretensões que não concernem aos aluguéis é a ordinária, inclusive a pretensão à resilibilidade.

(d) Se há promessa de dívida, ou reconhecimento negocia] de divida, para se assegurar cumprimento de obrigação existente, nasce — junto a essa — outra obrigação, de conteúdo igual, mas de tal natureza que a satisfação de uma extingue a outra (= os dois créditos se dirigem à satisfação do mesmo interesse do credor).

Com a promessa de divida e o reconhecimento, ato jurídico *stricto* sensu, de que fala o art. 172, V, dá-se interrupção da prescrição da dívida inicial; como a promessa de divida ou reconhecimento negocial gera pretensão e obrigação novas, começa outro prazo prescricional (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* II, 640), que é de vinte anos, no direito civil e no direito comercial, ainda que menor o prazo prescricional ou preclusivo da divida assegurada.

(e) Se havia vicio da coisa vendida, o direito civil romano dava ao comprador pretensão em duas espécies: se o vendedor ocultava, dolosamente o vício da coisa; quando à coisa faltasse qualidade que o vendedor afirmara ter. A *actio empti* é que se propunha, prescritível em vinte anos (cf. 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de abril de 1949, RF 180/379). O edito dos edis, que se referia às vendas de escravos e de gado, foi interpretado,por analogia, como incidente em quaisquer vendas e compras, com as duas ações, à escolha do adquirente, — a acho *redhibitoria,* para rescisão da venda, e *actio quanti minoris,* para diminuição proporcional do preço (L. 1, *pr.,* e § 1º, D., *de aedilicio edicto et redhibitione et quanti* minoris, 21, 1). As

prescrições eram, respectivamente, de seis meses e um ano. Tais prazos são, em verdade, preclusivos; sem qualquer dúvida, no direito brasileiro. As ações de culpa por adimplemento incompleto e por segurança convencionada da qualidade continuaram nos sistemas jurídicos, segundo os princípios.

A ação de minoração do preço e a de redibição são inconfundíveis com a ação de anulação por dolo, em que haja incorrido o alienante, ou quem prestou o uso da coisa, bem assim com a ação de indenização por culpa contratual. O que sofreu a preclusão em virtude do art. 178, § 2t ou § St IV, não está inibido de pleitear a indenização pela culpa no inadimplemento da obrigação como deveria ser (arts. 1.056-1.061); nem de propor a ação constitutiva negativa para anulação do contrato por dolo do que alienou ou deu o uso da coisa (arts.

92-97 e 147,11). A ação pelo ato ilícito relativo prescreve em vinte anos (arts. 177 e 179); a ação de anulação pelo dolo, em quatro anos (art. 178, § *9º,* V, *14.* A ação por adimplemento insatisfatório supõe que se haja assegurado a qualidade de mercancia, estado, idade, ou outra qualidade da coisa vendida, e tenha havido culpa do contraente, ainda que não tenha havido explícita referência à qualidade, desde que entre no conteúdo do contrato (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 794). A culpa precisa ter existido, se não foi explícito o contrato; se o foi, também se precisa do elemento culpa, devido à cogência do art. 1.057, alínea 2º, *salvo se incide* o *art. 1.058.* E de mister o máximo cuidado, a esse respeito, devido à diferença entre o direito brasileiro e outros sistemas jurídicos. A garantia da qualidade pode resultar das circunstâncias, como se o vendedor sabe com que espécie de material trabalha o comprador. A qualidade pode ser física, ou jurídica; e.g., licenciabilidade de teatro ou cinematógraf o na casa alugada, alugabilidade da casa (O. Warneyer, *Komrnentar,* 1, 795). O representado responde pelo ato do representante, segundo os princípios.

Distinguiu, acertadamente, a ação ex *empto* e a de vício redibitório, ou *quanti* minoris, a 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 18 de dezembro de 1944 *(RT* 15ª/173).

Também cabe a ação se houve culposa simulação da qualidade (= consciência de que, se o adquirente conhecesse a verdade sobre a coisa, não a adquiriria). Assim, K. Schneider (CJber die Haftung des Verkáufers, *Archiu fúr Búrqerliches Redil,* 39, 6; contra: P. Oertmann, *Recht der Schuldverhàltnisse,* 434; O.

Planck, Kommentar, 1, 311; A. von Tuhr, *Der Allgemeine Teil,* II, 680).

(fl Respeito ao prazo prescricional das ações de indenização, muito se discutiu, no passado, quanto à prescrição da ação de dolo. Preliminarmente, intervinha o problema de se saber como se havia de interpretar a L. 7, § 3, D., *de dolo maio,* 4, 3, em que Ulpiano falou da opinião de Labeão, surgindo contradição entre os dois juristas romanos (cf. K. A. Schneider, *Die allgemein subsididren Klagen,* 206; C. Jahr, *Ist die* actio de dolo *subsidiár...?,* 16); mas, hoje em dia, a concorrência da ação de indenização não a faz subsidiária. A questão da prescrição continua. Se A comprou a B caixas de vinho e propôs ação de diminuição do preço, vencendo, mas, depois, descobriu que, dolosamente, as últimas caixas não continham garrafas com vinho, *e* sim com ácidos coloridos, a coisa julgada da primeira ação não obsta à ação de indenização, que A tenha. Tal ação não preclui, nem prescreve com a ação de vício redibitório ou de diminuição do preço. Bem assim, se A comprou o vinho, pediu e logrou abatimento no preço, porém o vício não era só de qualidade, devido a dolosa composição do conteúdo de outras garrafas. Dá-se o mesmo entre a ação de indenização e a ação pauliana. A regra é que a ação de indenização, por dolo, ou culpa, prescreveu segundo as suas regras próprias, e o início da prescrição é desde que a ação poderia ser proposta.

No direito brasileiro, não corre a prescrição em favor do credor pignoraticio, do mandatário e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o devedor pignoratício, o mandante e as pessoas a esses equiparadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativos aos bens confiados à sua guarda (art.

168, IV). Assim, a ação de restituição que tem o mandante, ou o devedor pignoratício, ou o depositante, ou o representado, ainda que, durante vinte anos, não se exerça, continua com toda a eficácia, porque não começou de correr, contra ele, a prescrição. Idem, quanto à ação do comodante contra o comodatário. Mas a pretensão do sócio por liquidação e pagamento da sua quota prescreve ao se completarem vinte anos, contados de quando teria de ser paga. A ação do locador contra o locatário, para haver a coisa locada, prescreve em vinte anos (art. 1.192, IV): o locatário não tem bens “sob sua guarda”.

(h) A ação de depósito (arts. 1.265 e 1.266), que se exerce contra o depositário, é pessoal; mas é preciso atender-se ao art. 168, IV, que exclui o curso da prescrição a favor do depositário, — razão por que

foi contra letra da lei a decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 10 de outubro de 1944 *(RT*

130/105), que afirmou prescrever em trinta anos — hoje, vinte anos — a ação contra o depositário.

(i) No art. 1.245, diz-se que, nos contratos de empreitada de edifícios, ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responde, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a esse, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra. Trata-se de prazo em que se pode dar o fato de que resulte o direito à indenização. Nada tem com a açao de responsabilidade contratual do empreiteiro por ato ilícito absoluto, ou por ato ilícito relativo.

Se o empreiteiro praticou ato ilícito (art. 15ª), a ação prescreve em vinte anos (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de maio de 1945, 1W 104/280); bem assim, se se afastou de alguma cláusula do contrato (ato ilícito relativo, responsabilidade contratual). Prazo de garantia o do art. 1.245, se o dano ocorre dentro dos cinco anos, nasce a açao, — desde quando começa de correr a prescrição (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 25 de novembro de 1948, RF 127/43).

(1) As pretensões a reembolso de despesas, *e.g.,* em defesa judicial (2º Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 21 de junho de 1949, RJ50/322), prescrevem em vinte anos, se não há *Iex specia lis.*

(k) Tratando-se de danos sofridos por avião, a matéria pertence ao Código Civil, inclusive quanto à prescrição da ação de indenização (3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de fevereiro de 1947, *RT*

167/574).

3.

Ação de indenização em caso de transportes por estradas de ferro. Na Lei *nº* 2.681, de 7 de dezembro de 1912, o art. 8º tratou, na 1ª parte, da exoneração da responsabilidade das estradas de ferro se o destinatário paga o preço de transporte, ou recebe a mercadoria, sem reserva ou

protesto, e cogitou, na parte, da avaria oculta ou perda parcial, que só mais tarde se possa verificar, e estabeleceu o prazo de trinta dias para a reclamação, incumbindo ao reclamante provar em juízo que a avaria teve lugar antes da entrega. No art. 9º, estatuiu-se: "A liquidação da indenização prescreverá no fim de um ano, a contar da data da entrega, nos casos de avaria e, nos casos de furto ou perda, a contar do trigésimo dia após aquele em que, de acordo com os regulamentos, devia ter-se efetuado a entrega." O primeiro prazo (art. 8º, *2a* parte) é prazo preclusivo para a reclamação; o prazo do art. 9º também o é, a despeito da expressão "prescreverá", e concerne àqueles casos em que não se teve de contar o prazo do art. 8º 2º parte, pela visibilidade do vício ou perda parcial: há preclusão, se no transcurso do prazo de um ano não *se pediu* a liquidação. & não houve a reclamação do art.

8º, 2º parte, ou o pedido de liquidação do art. 9º, o direito de reclamar ou de pedir liquidação preclui. Se houve aquela, ou essa, a ação de indenização prescreve no prazo de vinte anos, que é o ordinário (2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de agosto de 1947, *RT* 170/186), contado da reclamação, porque o prazo de trinta dias é para a descoberta do vicio ou perda parcial (art. 8º, 2º parte), da data da entrega, ou do em que se havia de efetuar a entrega (art. 9º)

A Lei transportes São Paulo, nº 2.681 regulou a responsabilidade de empresas de sobre trilhos (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de 19 de julho de 1943, *RT* 145/705; 2º Câmara, 13 de novembro de 1945, 160/621). O

Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930, de modo nenhum a estendeu aos outros transportes (sem razão, a 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de setembro de 1943, *RT* 146/742; bem assim, o Tribunal de Apelação, a 30 de maio de 1944, 157/190).

4.

Ação *de enriquecimento* injustificado. A ação de enriquecimento injustificado tem a prescrição dos arts. 179 e 177: vinte anos, por ser pessoal (cf. 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de agosto de 1948, *RT* 178/201). A tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos é para lhe fixar prazo curto (cf.

Código suíço das Obrigações, art. 60, que substituiu o art. 67 do

antigo). O prazo conta-se da data em que se deu o enriquecimento injustificado; e não do conhecimento (execução da prestação, na *condictio* indebiti; desaparição da causa, na condictio oh *causam Jinitam;* momento em que se pode saber que o fim da prestação não pode ser atingido, na *condictio oh causam luturom).* Se a coisa, pertencente a A, está em poder de B, sem ser justa a posse, pode A reavê-la pela ação possessória, ou pela ação de reivindicação; para que comece o enriquecimento é preciso que E consuma, ou aliene a coisa.

5. Ação de *sonegados.* Na decisão do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 6 de janeiro de 1942 *(RT*

14/74), diz-se que a ação de sonegados — por falta de declaração de bens na padilha, em vidude de separação consensual — prescreve em quatro anos (?), contados do acordo homologatório. Primeiro, não foi discipli-nada, em direito de família, ou em direito processual civil concernente a separação consensual, ação de sonegados. No Código de Processo Civil, o art. 1.121, 1, concernente a separação consensual, põe, como o que mais acontece, a declaração bilateral dos bens do casal e da respectiva partilha, prescindindo-se do inventário judicial. Somente se não houve acordo é que pode ocorrer a declaração unilateral de bens do casal, com a conseqUente possibilidade da sonegação, ao se proceder ao inventário judicial, de que cogita o art. 1.121, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Nesse art. 1.121, parágrafo único, estatuiu-se que "se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste livro, Título 1, Capítulo IX." No art. 1.784, 1º parte, do Código Civil ficou dito: "Só se pode arguir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar" Podanto, é preciso que um dos cônjuges, a que caiba apontar bens, haja feito a declaração de outros não existirem por inventariar, para que se possa argUir a sonegação. Aí, não temos dúvida, diante do art. 1.121, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que remete ao Titulo 1, Capítulo IX, do Livro IV, Título XXIII, onde se acha o art. 995, VI, que se refere à remoção do inventariante por sonegação, ocultação ou desvio de bens do espólio, em dizermos que se pode propor ação de sonegação, tanto mais quanto a pretensão à restituição com pena passou a ser conteúdo de direito judiciário material (nossos *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939,* III, 2, 36, 454 e 460, onde se faz a análise da eficácia da ação de sonegados). Segundo, a ação de sonegados, em direito das sucessões, conforme os arts. 1.780-1.784, que se teve, erradamente, se contra o cabeça de

casal, como imprescritível, prescreve, e prescreve em vinte anos (Alvaro Valasco, *Praxis Partitionurn et Collation um,* 508). Ação simplesmente reipersecutória, é a ação de sobrepartilha, que se exerce contra o que deixou de levar o bem a inventário, ou contra seus herdeiros; essa, sim, é imprescritível.

§ 702, Ações reais

1. *Prazos ordinários.* No art. 177, 2º parte, diz-se que prescrevem as ações reais em dez anos entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas. Se a pretensão, ou a ação, é real e não lhe foi marcado outro prazo, os arts. 179 e 177 incidem. Não há por onde se recorrer a analogia, ainda que se trate de duas pretensões reais parecidas, nem, *a fortiori,* quando estejam em causa pretensão real e pretensão pessoal, ainda que irradiadas do mesmo direito. Por outro lado, não se há de consultar o direito sobre usucapião, para se decidir qualquer questão sobre prescrição. Se o que usucapiu pode alegar contra o titular de ação real, ou de pretensão real, o seu direito usucapido, tal alegação é objeção, e não exceção: por ela, afirma que não mais é titular da pretensão real, ou da ação real, aquele que se apresenta com a sua exigência, uma vez que, se o tivesse sido, teria perdido o direito, de que se irradiou a pretensão, ou a ação, pelo contragolpe do fato jurídico da usucapião.

2.

Presença e *ausência.* O prazo, entre presentes, é de dez anos; entre ausentes, de quinze. Considera-se ausente quem não está no mesmo Município em que se acha, domiciliado, o autor ou titular da pretensão. O

critério é o da interpersonalidade, em vez de ser o da sede da pretensão, ou do bem, a que ela se refere.

Quid iuris, se o prazo foi em parte entre ausentes e em parte entre presentes? Por exemplo, o dono do terreno voltou, durante o curso do prazo, a morar na cidade em que se situa o terreno, ou deixou a

cidade, no correr do prazo. Se estava ausente e voltou, antes de se completarem os dez anos, encontra corrida parte do prazo e pouco lhe restaria; se a lei não o protegesse contra isso, ainda que chegasse no último dia do prazo contra presentes, seria desacertada; a ausência faz dilatar o prazo, não suspende o curso da prescrição; mas dilatação houve se veio logo após ter corrido o prazo de dez anos, que seria bastante contra a pessoa presente, mas, cm verdade, contra ele não correu o prazo, senão, sob o direito anterior, pela metade. A solução é, portanto, a de se contar contra o presente o que correu contra ele e contar-se pelo critério, hoje dos quinze anos, o que correu contra o ausente. Contando-se o decênio entre presentes, a ausência implicará o acréscimo da metade do remanescente aferível entre ela e o *terminus ad quem* do que seria, não fosse ela, prazo decenal, e vice-versa. Correia Teles *(Digesto Português,* 1, nº 1.366, 179) tirou da Novela 119, Capitulo 8, a solução:

"Se alguns anos forem presentes e outros ausentes, é necessário dobrado tempo de absência para perfazer os dez anos de presentes." A Novela 119,

Ut donatio propter nupcias specialis contractus sit, et de aliis capitibus, Capítulo 8, disse que se juntariam aos dez anos tantos anos quantos os que, no mesmo decênio, esteve fora a pessoa contra quem se dá a prescrição *(alios ei tantos annos super decenniurn adici quantos ex ipso decennio absens fuit).* A solução era nova e não incidia sobre os fatos passados, isto é, quanto aos negócios jurídicos anteriores à Novela. E o direito de hoje.

Sob o direito anterior, se a pessoa estivesse ausente dezoito anos e volvia ao mesmo Município, entendia-se completo o prazo se continuava de correr por tempo que, somado à metade do tempo corrido, desse dez anos; sob o direito atual os princípios são os mesmos, observada proporcionalmente a redução do prazo da prescrição entre ausentes: quinze, e não vinte, anos, mantido inalterado o intervalo entre presentes, decenal.

Se havia sucessão, correndo o prazo, a presença de cada um contava-se por inteiro e a ausência por metade, de modo que, se o último estava presente, era preciso que a soma fosse dez. Se estava ausente, que fosse vinte, contando-se-lhe por inteiro o tempo de ausência e por inteiro o de presença. Se o sucessor já encontrou prescrita a pretensão, nada tem a alegar Se há titulares presentes e ausentes, a regra jurídica da contagem entre presentes e ausentes só diz respeito à prescrição da

pretensão de cada um, salvo incidência do art. 171

ou do art. 176, §§ 1º-3º.

3.

Espécies dignas de menção. (a) Se foi cancelado, sem razão, o registro da servidão, tem o titular a pretensão à retificação, que não prescreve. Após o prazo de dez anos, entre presentes, ou quinze, entre ausentes (art. 177), o dono do prédio serviente pode pedir o cancelamento do registro, no direito brasileiro; somente por isso não preclui o direito do titular da servidão, se tem posse durante dez anos, entre presentes, ou quinze, entre ausentes (art. 698). Sendo a eficácia do cancelamento retificável, como é, pode o dono do prédio ir contra o possuidor que não tenha pretensão ao registro da servidão.

(b) Se o direito real sobre coisa alheia não foi registrado, o registro pode dar-se a qualquer tempo; mas o dono do prédio pode alegar que não houve uso da servidão, durante dez anos contínuos, ou a extinção do usufruto, uso, ou direito de habitação, ou hipoteca, ou anticrese, por ter ocorrido prescrição da ação real.

(c) Se o dono do prédio, ou algum possuidor imediato, instalou algo, ou modificou o prédio, de modo a não poder ser exercida a servidão, a ação do titular da servidão desaparece, se se completa o decênio de não-uso (art. 710, II). Não se trata de prescrição, mas de prazo preclusivo ao direito mesmo. Nem se trata de usucapião pelo dono do prédio. Não importa, por isso mesmo, apurar-se se a instalação foi *vi, dom* ou *precario,* nem se feita de boa-fé. Nem se houve mudança subjetiva da propriedade, ou da servidão.

(d) A proteção possessória da servidão é de força nova, se algum dia, dentro do ano e dia, fo i exercida, pelo menos uma vez, a servidão; ou de força velha, se a turbação ou esbulho data de mais de ano e dia. A ação de força velha prescreve em dez anos, entre presentes, ou quinze, entre ausentes; mas antes disso, pelo não-uso no decênio, se extingue a servidão (art. 710, III). Todavia, a turbação ou esbulho pode ser parcial e parcial o não-uso, ou dar-se o caso de turbação ou esbulho que não tenha impedido o uso a que o titular destinara a servidão.

(e) As ações reais resultantes dos direitos, ilimitados ou limitados, constantes do registro de imóveis são prescritiveis segundo o art. 177, 2º parte; assim as ações concernentes às prestações periódicas, como as a que tem pretensão o credor anticrético (arts. 805-808), ou o titular de direito à renda imobiliária (arts. 749-754).

As ações de indenização que não sejam sucedâneas de ações de prestação em natura, como a de restituição da coisa, são pessoais, e prescrevem em vinte anos (art. 177, 1ª parte). Se ainda não houve registro do direito, mas já se fez a averbação da ação de retificação de registro, trata-se tal direito como se já estivesse registrado, para os efeitos de se classificar a pretensão e se saber qual a prescrição que à pretensão corresponde. Não importa se o registro era necessário à eficácia do direito, ou somente à exatidão histórica do cartório (G.

Planck, *Kommentar,* 1,256). Se for assente, posteriormente ao registro, pelos meios idôneos, que outrem que o figurante do registro era o titular, o tempo passado correu contra o verdadeiro dono, que tardou em ingressar no registro.

(*/*) A ação possessória de força nova está sujeita ao prazo preclusívo de ano e dia (art. 5ª3; Código de Processo Civil, art. 924). A ação possessória de força velha prescreve em dez anos, entre presentes, e quinze, entre ausentes (art. 177). É ação real (Manuel de Almeida e Sousa, *Tratado dos Interditos,* 217), porque é situação real a posse (cf. Madin Wolff, *Lehrbucl-,* III, 11). Diante da dificuldade que se apresentou aos juristas romanos, um deles interpolou na L. 1, § 3, D., *de interdictis sive extroordinarjis actionibus, quae pro bis competunt,* 43, 1, a contradição tremenda: "Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt." Se bem que se concebam como reais, são pessoais!

Afirmaram que as ações possessórias não são reais, errada-mente, o Tribunal da Relação de Minas Gerais, a 16 de setembro de 1928 *(RT* 72/150), a 2º Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 16 de novembro de 1950

(PJ 53/130), e a 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 23 de julho de 1942 *(RT* 14ª/577). A ação de indenização, essa, sim, é pessoal, e prescreve em vinte anos (cf. C. G. Bruns, *Die Besitzklagen,* 260-263). O interdito *unde vi* era ânuo. Havia a *exceptio temporis.* Hoje, o prazo preclusivo é de um ano e dia (art. 543). A ação possessória ordinária rege-se por princípios posteriores ao direito romano.

(g) Houve acórdão que entendeu ser imprescritível a ação de reivindicação, o da 3a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 10 de abril de 1947 *(J* 29/192). Mas a tese éabsurda: a *rei vindicatio* prescreve, nada obsta a que haja domínio sem a eficácia da pretensão reivindicatória, — houve a inércia do proprietário.

(ti) Se houve inventário negativo e o cônjuge sobrevivente vem a saber da existência de algum bem da comunhão, a todo tempo pode pedir a partilha. Não pode, após os dez anos, pedi-la contra o terceiro presente, ou após os quinze, contra o ausente, porque, aí, o que prescreve é a ação real. Se o bem não estava na comunhão e o cônjuge possuidor assim o entendia, a ação também prescreve contra ele. Se estava na comunhão, de modo nenhum. Assim, o acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 15 de julho de 1946 (RT 175/804), que entendeu prescrever, sob o direito anterior, em trinta anos a ação para pleitear a partilha, está fora dos princípios: a ação de partilha não prescreve; o que prescreve é a ação contra o possuidor, para que reconheça pertencer aos bens comuns o bem ignorado. Tais ações de reivindicação são reais, prescrevem em dez, ou quinze anos, razão por que também errou a 2º Câmara, a 16 de outubro de 1946

(RJB 74/31), que se enganou, reputando pessoal e, pois, prescritível em trinta anos, a ação para reivindicar bens contra os herdeiros do cônjuge premorto. Naturalmente, foi levada a isso pelo mesmo raciocínio errado que submeteu a prescrição da ação de reivindicação ao prazo da usucapião (1), afeando as decisões da 1º

Turma, a 28 de novembro de 1949 e 3 de abril de 1950 *(AJ* 94/15 e 313): as afirmações de que "o dominio perdura, até que passe a terceiros em virtude de usucapião" e de que "a ação de reivindicação não prescreve nos prazos do referido art. 177" são *contra legem,* contra o art. 177, e não têm qualquer base em ciência jurídica. A insistência do Supremo Tribunal Federal em proclamá-lo não empre.sta foros de verdade a tese tão desgarrada dos princípios. Vai cont.a a letra da lei, contra a tradição do direito luso-brasileiro e contra a doutrina. A usucapião é alegação de domínio, de posse durante vinte anos (art. 550), ou, se com título e boa-fé, de dez anos entre presentes, ou quinze anos entre ausentes (art. 551), tratando-se de bem imóvel; se o bem é móvel, cinco anos, ou três anos, respectivamente (arts. 619 e 618). A prescrição das ações reais, inclusive a de reivindicação, é outra coisa, — é alegação para encobrimento da pretensão real do titular do domínio, se ainda o é: a prescrição é, sempre, de dez anos, entre presentes, ou quinze, entre ausentes (arts. 177 e 179).

Também insustentável a decisão do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 26 de dezembro de 1944 *(RF*

101/91; *RT* 155/ 760), bem como a do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de janeiro de 1932 *(RT* 8

1/567), a da 4º Câmara, a 13 de novembro de 1945 (160/728), e a da 2º Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 25 de maio de 1949 *(PJ* 50/257). Ceda, a 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 5 de abril de 1945 *(RT* 161/133).

O réu, na ação de reivindicação, pode alegar que é dono, por ter adquirido a propriedade, *e.g.,* por usucapião, e ai o que alega é *objeção* ao pedido do autor; ou alegar prescrição da pretensão real do autor, o que não significa reconhecer-lhe o domínio, e aqui o que alega é exceção. Os acórdãos, acima referidos, confundem, lamentavelmente, as duas arguições. Para que se pudesse afirmar que o prazo prescricional da ação de reivindicação é de vinte anos, seria preciso que ela fosse pessoal. A jurisprudência de alguns tribunais não pode encontrar qualquer fundamento ao que têm decidido. Também a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação da Paraíba, a 22 de março de 1946 *(RJB* 82/58), incidiu no erro: disse que as ações de divisão *prescrevem* em relação à coisa, ou parte dessa, a respeito da qual se consumou a usucapião. Primeiro, só há ação de divisão se há comunhão, e só há comunhão, se há propriedade do autor. Segundo, a usucapião criou o direito do réu e, pois, extinguiu o direito do autor: não há pensar-se em prescrição. Finalmente, a pretensão à divisão é pretensão que não prescreve.

(i) A 5º Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 10 de julho de 1942 *(RT* 141/701), entendeu que a pretensão para haver o bem inalienável, atribuído a um dos cônjuges, em acordo de separação judicial, prescreveria em trinta anos, hoje vinte anos. Que ação? ~A ação de nulidade, por se tratar de bem inalienável? É imprescritível. A ação de reivindicação seria, aí, inadequada, porque se teria de desconstituir, antes, o acordo homologado pelo juiz. O julgado ressente-se de vício que se vai generalizando: o de não se precisar de que pretensão se trata, para se saber qual a regra jurídica de prescrição.

Ação hipotecária. A ação hipotecária prescreve em dez anos, entre presentes, ou quinze, entre ausentes. A prescrição da pretensão garantida é sem qualquer repercussão sobre a ação hipotecária: o art. 84ª, VI, só se refere à prescrição da ação hipotecária,

e não à da obrigação principal, nem a essa se refere o art. 84ª, 1, *pois a prescrição não extingue a obrigação.*

A pretensão oriunda do crédito pessoal pode prescrever antes ou depois de prescrever a ação hipotecária, que é real. De modo que feriu aos princípios o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 31 de janeiro de 193ª *(RT*

93/322), quando lançou essa frase sem fundamento: a ação hipotecária só prescreve quando a ação de cobrança da dívida está prescrita. O Código Civil não inovou: o art. 177 incide como incidia a regra jurídica das Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 3, § 1º, onde se puseram regras jurídicas sobre prescrição da ação de reivindicação e da ação real de garantia que não coincidiam com as da usucapião, recebidas do direito romano, por jurisprudência de tempos imemoriais (Meio Freire, *Institutiones,* III, 30:

"Legem scriptam, quam sciam, nulíam habemus, quae tempus in mobilium rerum praescríptione definiat; triennium tamen, quod ius Romanum continet, antiqui, hodiernique mores servant. ln rerum c~uoque immobilium usucapione tempus definitum expresse non est: definitum autem exstat ab Alphonso V, in praescriptione actionem in rem, Ord. IV, tit. 79: et constitutum longum tempus, id est, decennium inter praesentes, qui in eadem provincia, sem *Comarca* vivunt, et vicennium inter absentes ; Correia Teles, *Digesto Português,* 1, §§ 1.362, 1.364 e 1.365; Coelho da Rocha, *Instituições,* II, 364 s.). Invocava-se o dreito romano, não se forçava a ana!ogia com a regra jurídica sobre a prescrição *(Pr. 1, de ushenptiontsus, 2, 5:* L.

un., C., *de usucapione transformanda,* 7, 31; L. 12, C., *de proescriptione longi temporis decem vel uiginti annorum,* 7, 33). A ação hipotecária, essa, é real, executiva, prescrevia segundo a L. 7, C., *de proescriptione XXX vel XL annorum,* 7, 39, e as Ordenações Filipinas, Livro IV, Título 3, § 1. Não se modificou depois, a despeito das confusões em que incorreram os juristas, crendo que a executividade da ação a tornaria pessoal (?!). A pretensão irradiada do direito real tem a natureza desse, se tende à satisfação. Executiva é a ação de reivindicação, a ação do possuidor, a ação do credor pignoratício, ou anticrético; todas essas ações são reais.

A prescrição é uma das exceções que o proprietário do imóvel hipotecado pode opor ao credor hipotecário: o fato de ser oposta a exceção peremptória não extingue a hipoteca, do mesmo modo que o exercício do direito de denegar a prestação não destrói a pretensão. Oposta a exceção de prescrição da ação hipotecária, a pretensão real está encoberta em sua eficácia, — e o juiz tem de julgar a exceção de prescrição, extinguindo-se a relação jurídica processual. Com esse julgado, pode o devedor pedir, invocando o art. 84ª, VI, do Código Civil, a averbação "no respectivo registro" (Código Civil, art. 850: "A extinção da hipoteca só começa a ter efeito contra terceiro depois de averbada no respectivo registro."). A *actio hypotheca ria* do direito romano era para entrega do bem ao demandante a fim de realizar a venda privada, — o que passou ao direito comum.

O Código Civil, como outros, afastou a técnica da entrega ao credor, e adotou o processo da execução pelo Estado, monopolizador das execuções forçadas. A ação é real, e não há dúvida quanto a isso (G. Planck, *Kommentar,* III, 4º ed., 866 e 905; O. Hirschfeld, *Beitrâge zum Pfandrecht,* 58 s.) Martin Wolff, *Lehrbuch,* III, § 139, 1 e V, 503 e 507; J. Biermann, *Sachenrecht,* 4ª2 s.) O. Warneyer, *Kommentar,* II, 351 e 367 s.).

A 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1945 *(RT* 157/260, 1W 103/294; idem, a 6º Câmara, a 20 de maio de 1949, 181/732) entendeu que a ação hipotecária prescreveria em trinta anos, no direito atual vinte anos, porque os direitos reais de garantia são acessórios. Primeiro, seria ir-se *contra Iegern* (cp. art. 84ª, 1 e VI, aquele referente à obrigação principal, e esse à prescrição da ação hipotecária, fugindo a dizer "desaparecimento *ou prescrição* da obrigação principal"); segundo, seria não se ter entendido o art. 167: a pretensão a juros prescreve com a pretensão ao capital, não a ação hipotecária com a pretensão do débito garantido. Aí, "acessório" tem outro sentido.

A prescrição da ação hipotecária importa extinção da hipoteca (art. 84ª, VI); não a do crédito. Por outro lado, o crédito continua cobrável, se só a pretensão e a ação hipotecárias prescreveram. A prescrição da pretensão garantida não é causa de extinção da hipoteca, porque prescrição não é desaparecimento do crédito (art.

84ª,1). O cancelamento da hipoteca não atinge o crédito.

Tampouco com a prescrição da pretensão garantida se extingue a anticrese, ou o penhor, ou o direito da retenção (O. Warneyer, *Kornmentclr,* 1, 378), Tratando-se, porém, de dívidas real só se entende subsistir para o Sachs, Beitrâge zur Behandlur.g *Jherings Jahrbücher,* 58, 3º; 3. com amortizações, a garantia que não está prescrito (Hans der Amortisatioflshvpflthek, Planck, *Kornmentar,* 1, 558).

5.

Ações reais do usufrutuário. O usufruto, direito real, não prescreve; prescrita a ação real do usufrutuário contra o proprietário, extinto está ele, pela regra jurídica do art. 739, VI. Não se há de invocar, aqui, o art. 550, nem o art. 619, como fez L. *E.* Carpenter *(Manual,* IV, 364), arrastando ao erro a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de abril de 1948. *(RT* 174/156). O art. 739, VI, referiu-se, à prescriçao como elemento do suporte tático da extinção do usufruto. Prescrição não éusucapião. A prescrição, a que se refere o art. 739, VI, é a do art. 177, 2º parte, — a ação real confessária (Manuel Mendes de Castro, *De Annonis Civilibus, 7* e 17 5.: "...si ususfructus reliquatur, competet actio confessioria, quae datur aciversus quemcunclge possessOrem 1. A ação para haver a indenização de uso e do fruto é acessória da reivindicação que se entende incluída na propositura, quanto ao uso e ao fruto, desde a citação, porque, pelo menos desde esse momento, é constituído em má-fé (Silvestre Gomes de Morais, Trcictatus de Executíon bus, VI, 35 s.).

Proposta *à* parte, continua ação real (arts. 721-723). O que é ação pessoal é a daquele a quem foram deixadas, por testamentO, ou entre-vivos, quantias ou medidas periódicas (Gabriel Pereira de Castro, *Decisiones,* 458), porém, então, não há usufruto, mas legado ou doação de frutos. Por isso mesmo, errou outra vez, no mesmo acórdão, a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 23 de abril de 1948, ao afirmar que as pretensões por prestações que o possuidor deve ao usufrutuário, que vindica o usufruto, pela confessória, prescrevem no prazo do art. 178, § 10, 11 e III. As prestações de que se trata são conteúdo da indenização.

porque o usus e o *fructus* são o conteúdo do direito real; não há, aí, prestações acessórias ao usufruto. Se tação em frutos, ou quantia, não se há foi dado direito a presde pensar em usufruto (Manuel Mendes de Castro, *De* Annonis *Civilibus,* 17 s.; Gabriel Pereira de Castro, *Decisiones,* 458). O que é de discutir-se é se a incidência do art. 730 faz a ação real desaparecer, e aparecer a pessoal. O direito anterior não tinha regra juridica escrita, mas já se havia revelado desde o

principio (e.g., Antônio Gomes, *Variarum Resolutionum Libri tres,* 3! var., c. 15, nº 4, proposições do anotador; cp. 2º var., c. 13, nº 3; Manuel de Almeida e Sousa, *Notas de* uso *prático,* III, 565; *Coleção de Disserta ções,* 73; Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direito dos* Coisas, 1, 272 s.). A ação é pessoal; por isso, a garantia *real* torna-se necessária, e o art. 730 fala de caução pelo proprietário, tal como a velha praxe portuguesa. A prescrição é a de vinte anos, e não a de cinco; porque não se trata de renda temporária ou vitalicia, trata-se de prestações periódicas, sim — mas de administrador, a favor do qual, aliás, não corre a prescrição (art. 168, IV).

§ 703. Prescrição da ação de execução

1.

Actio iudicati. É absurdo negar-se à sentença com eficácia executiva o elemento novo que traz. A pretensão á condenação, antes, não era acompanhada da pretensão à execução forçada, ou, se o era, não foi essa exercida. Quem tem titulo de crédito, certo, líquido e exigível, pode iniciar a ação executiva (Código de Processo Civil, arts. 583 e 586), inclusive tratando-se do Estado quanto às dividas ativas. Porém, se transcorrem vinte anos, prescreveu a pretensão à execução forçada, restando, apenas, a condenação. Se o título não é dotado de executividade forçada, ainda falta ao credor a pretensão à execução forçada: ele a obtém. pedindo a condenação e munindo-se, mais tarde, com a sentença condenatória, trânsita em julgado.

Essa pretensão não é a mesma que a pretensão *contra* o devedor; trata-se de eficácia sentencial, que veio dotar de nova exigibilidade o titulo. Essa pretensão tem a sua prescrição, corno teria se já existisse ao tempo da pretensão relativa ao pagamento. Se o devedor do título, inexecutável forçadamente, não no paga, tem-se de pedir a sua condenação; se o devedor do título executável forçadamente não no paga, o credor pode pedir a condenação ou a condenação e a execução, cumuladamente, pelas ações de adiantamento de cognição. Se somente pede a condenação, pode desistir do processo e volver a pedir a condenação com a execução. Se o credor já tem consigo sentença trânsita em julgado, — o devedor paga aquilo a que foi

condenado, ou o credor executa a sentença: a eficácia, que aí se tem, é a da sentença. Na L. 4, § 7, D., *de re iudicata,* 42, 1, Ulpiano fala de "obligatio quae ex causa iudicati descendit"; na L. 8, § 3, D., *de novationibus et delegationibus,* 46, 2, esclareceu, com a lição de Celso: "Também disse Celso que, com a estipulação de que se pague o julgado, não se nova a ação do julgado; com razão, porque, com essa estipulação, somente se age para que se segure com fiadores, não para que se afaste a obrigação do julgado." O que importa, no texto, é que se distinguem, com precisão, a pretensão e ação que foram *res in iudicium deducta,* e a pretensão e ação oriundas da sentença, simples *elfectus sententice.* A *obligatio iudicati,* que corresponde à pretensão nascida da sentença (carga executiva de eficácia sentencial), é nova, no sentido de consistir em outra *obligatio,* sem se dar, rigorosa-mente, novação. Na L. 3, § 11, D., *de peculio,* 15, 1, Ulpiano alude, com a lição de Marcelo, à diferença das duas relações jurídicas, — a de que deriva a ação de pecúlio e a que dá ensejo à *iudicati uelut obligatio.*

A sentença dá causa nova, a mais, para se exigir a satisfação. Ainda se a dívida não seria cobrável aos herdeiros *(e.g.,* extinguir-se-ia com a morte do devedor), a dívida que da sentença resultou é do devedor e, desde a abertura da sucessão, dos herdeiros, e só os ignorantes o ignoram. Na L. 6, § 3, D., *de re iudicata,* 42, 1, Ulpiano diz, clarissimamente, que a ação de coisa julgada, a *actio iudica ti,* é perpétua, contém a perseguição da coisa, a executividade forçada e compete ao herdeiro e contra o herdeiro:

"ludicati actio perpetua est et rei persecutionem continet: item heredi et in heredem competit." A ação de direito material, a ação da *res in iudicium deducta,* foi superada: a ação do credor ganhou nova causa, a outra se consumiu, sem interrupção, — donde perdurar a garantia fidejussória, ou real (L. 8, § 3, D., *de fideiussoribus et mandatoribus,* 46, 1). "Actio consumitur", diz Gaio (III, 180). Hoje sabemos que nem sempre *(e.g.,* se a sentença é de condenação a prestação futura).

A controvérsia quanto a se tratar da *mesma* pretensão, ou de *outro,* surgiu no direito comum. Ali, procurou-se reduzir a execução forçada a simples *imploratio officii iudicis,* aproveitando-se, para a argumentação, algumas abreviações no rito processual e a unicidade da compdlência, porém já H. Buchka *(Die Lehre vom Einfluss des Prozesses auf das materielie Rechtsuerhãltniss,* II, 214) havia mostrado que se não conseguira apagar, com isso, a *acho iudica* ti. As formas de processo seriam insuficientes para tal eliminação do que o mundo jurídico, em sua compleição, fez exsurgir e tem função específica

navida social e no pensamento jurídico. De modo que só se poderia discutir se há *a)* a novação necessária, a hoje chamada *nouctio necessa ria,* ou *b)* se a obrigação é outra obrigação sem se extinguir a da *res* in *iudicium deducta,* óu *c)* se a *acho iudicati* é efeito da sentença condenatória, permanecendo a obrigação da *res* in judicium *deducta.* Nos Fragmenta Vaticana, § 263, pensou-se em novação. Na L. 29, D., *de novationibus et* delegationibus, 46, 2, Paulo raciocinou com o conceito de novação necessária, mas para dizer que, com o exercício da ação, não empioramos, e sim melhoramos a nossa situação: "neque emm deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem". Exatamente, a ação teria de prescrever, se não exercida. Novação, ou ação nova sem novação, já o direito romano tinha a *actio* iudicati como ação, no sentido exato (cf. L. Kuhlenbeck, *Die Entwicklungsgeschichte des Rõrnischen Rechts,* 1, 254: novatio necessaria; P. Jôrs- W. Kunkel, Rõmisches *Privatrecht,* 3º ed., 200).

Na ciência jurídica dos nossos dias, corrigiu-se à concepção corrente há alguns decênios a afirmação de que a eficácia da sentença, que dá a *actio iudicati,* é implícita na eficácia da *res iudicata;* isso porque se chegou a precisar, com toda a segurança e com tódo o rigor, a distinção entre eficácias declaratória, condenatória e executiva. Na eficácia executiva forçada é que consistem a executividade das pretensões do art. 585 do Código de Processo Civil e, se não existe ela, da *actio iudicati,* que corresponde à pretensão executiva forçada oriunda da sentença. E erro, portanto, pensar-se em que a *actio iudicati* provém da eficácia da *res iudicata* da sentença condenatória (teriamos eficácia executiva oriunda da eficácia declarativa da sentença condenatória), no que ainda incorreram *E* von Savigny *(System,* IV, 4ª9 s.) e K. Hellwig (System, 1, § 227, nota 16). Ê erro identificar-se a pretensão executável e a pretensão á execução. A pretensão a executar, após a sentença, é eficácia da sentença; sem ela, não existiria, ou já teria existido e não teria sido exercida.

Considerá-la a mesma pretensão da *res in iudicium deducta* é resquício de concepção privatístíca do processo, da teoria privatística da *res iudicata* (James Goldschmidt, *Der Prozess ais Rechtslage,* 165). A pretensão, na maior parte dos casos de direito privado, que *obriga* o devedor a prestar (pretensão executável), é inconfundível com a pretensão a executar. Confundi-las é cair no perigo de não se poder explicar como surge o efeito novo. A pretensão a executar é efeito do título executivo, tal como o considera a lei processual, ou efeito da sentença, que pode ser imediato ou mediato, sem que possa ter relevância essa diferença de carga *(e.g.,* para as duas espécies, os casos de sentença condenatória idônea para expedição de mandado *de*

evacuando, após pedido, e até de sentença declarativa, conforme se mostra no *Tratado de Direito Predial,* V, 255 s., e os casos de sentença que apenas permite pedir-se, segundo os princípios, a execução da sentença). A eficácia de obrigar à prestação, em que consiste a pretensão derivada do fato jurídico de direito privado, é eficácia de direito material privado; a eficácia executiva da sentença proferida sobre essa mesma pretensão é de direito processual, publicística (Leo Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivi(prozessrechts,* 5º ed., 808:

"A pretensão executável e a pretensão à execução são, em sua fonte, conteúdo e direção, inteiramente diferentes; aquela é, de regra, de direito privado, essa, sempre, de direito público. Por isso, não podem as duas pretensões ser idênticas, ou dois lados de uma e mesma pretensão, nem a pretensão à execução qualidade, ou fluxo dependente da pretensão executável, menos ainda a pretensão executável mesmo em estado de forçabilidade."). A pretensão e a ação do credor contra o devedor são entre eles; a pretensão à execução, assim nas espécies de adiantamento de cognição, como em se tratando de execução de sentença, é entre credor e Estado, Estado e devedor (angularidade da pretensão).

Paulo, na L. 29, D., *de novationibus et delegationibus,* 46, 2, frisou haver diferença entre a causa da novação negocial e a necessária, isto é, entre a causa da *novatio voluntaria* e a causa do juízo aceito *(iudicii accepti);* porque, com esse, melhoramos a nossa causa: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem". Tanto que, se a ação se extinguiria com a morte do titular, não há mais extinção; se prescreveria em menor tempo, não prescreve mais como prescreveria. Há novação que se não identifica com a novação negocial ou voluntária.

2.

Direito processual reinfcola. Nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 91, *pr.,)* ao réu, condenado em ação real, ou pessoal, a que entregasse *coisa certa* ao vencedor, era assinado o termo de dez dias, para que a entregasse. Se não a entregasse, seria "tomada forçosamente" pela Justiça, "segundo o caso requerer, sem mais ser a parte condenada para ele citada". A nova citação seria, aí, excrescente, porque já se assinara o prazo e dele tivera ciência o condenado. Não se pode tirar de tal declaração de superfluidade da citação, regra jurídica de forma processual, que se haja adotado a tese de serem uma e única a ação da

res in tudicium deducta e a ação *iudicati.* Nas Ordenações Filipinas, depois de se falar da execução forçada com título de escritura pública, se estatuiu (Livro III, Título 25, § 8): "E queremos que isto que dito é das dívidas, que se demandam por escrituras públicas, haja lugar em qualquer dívida, que se dever e demandar por virtude de alguma sentença, que passar em julgado, quando se demandar per via de aução, que nasça dessa sentença." Francisco de Caídas *(Receptarum .Sententiarum sive quaestionum Jorensiurn libri duo,* quaestio 8) interpretou o texto das Ordenações Filipinas, Livro III, Título 25, § 8, e a crítica que lhe fez Alexandre Caetano Gomes *(Manual Prático,* 191) foi injusta e errada, porque a expressão "officio iudicissó se refere à imediatidade do procedimento da ação *iudicati* ao procedimento da ação de condenação, de cuja sentença provém a executabilidade forçada, e não há confundir-se com a pretensão executável a pretensão à execução forçada. Com o jurista do século XVI é que está a processualística do século XX: encurta-se, ou não, o procedimento, aproveitando-se a intimação da sentença condenatória, com a assinação do prazo para embargos, ou não se admitindo a assinação desde logo; numa e noutra hipótese, há *actio iudicati.*

(Para alguns juristas portugueses dos séculos XVI e XVII, a ação *iudicati* nasceria do quase-contrato entre o credor e o devedor, — ainda não haviam visto a relação jurídica processual em ângulo. O pensamento privatístico levava-os a isso.)

3. *Tradição do direito luso-brasileiro.* A tradição do nosso direito coincide com a ciência. No século XVI, Pedro Barbosa, em *Commentarii ad rubricam et leges Cod. de praescriptione XXX vel XL annorum,* nº 167, afirmou ser de trinta anos a prescrição da ação de execução de sentença. No século seguinte, reafirmou-o Manuel Barbosa, nas *Remissiones,* ao tratar da Ordenação do Livro III, Título 86 *(pr.,* n0 2); e Manuel Mendes de Castro *(Practica Lusitana,* II, 172) foi minudente: " ... sententia usque ad 30 annos potest mandari executioni ..., nisi sententia fuerit condicionalis, aut post eam pars fecerit pactum de non petendo, nisi post tale tempus, vel post talem audientiam, quia in hoc casu tempus non currit". A ação de execução de sentença somente prescreve em trinta anos; salvo se condicional, ou se, após ela, a parte fez pacto *de non petendo* e não terminou o tempo ou sobreveio a audiência, porque então o tempo não corre. E acrescentou: "ita quotidie practicatur". (Sobre o pacto, §§ 659 e 677, nº 1.) Manuel Alvares Pêgas *(Resolutiones Forenses,* 1, 448), sem qualquer vacilação, escreveu: . . .in exceptione praescriptionis adversus executionum

admittítur si sint transacti triginta anni". Feliciano da Cunha França *(Additiones aureaeque Iliustrationes,* 1, 228) insistiu, sem qualquer dúvida: "Exceptio praescriptionis etiam admittitur adversus executionem; quia post triginta annos sententia executioni non mandatur." Já a esse tempo Manuel Gonçalves da Silva *(Commentaria,* III, 361 e 365) reafirmara: "Exceptio praescriptionis etiam admittitur adversus exequutionem, quia post triginta annos sententia exequutioni non mandatur"; e não citara mais que a Manuel Mendes de Castro e Diogo Guerreiro (De *Divisionibus,* Livro VIII, c. 13). Também Antônio Cardoso do Amaral *(Summa seu Praxis ludicum et Advocatorum,* verbo *Exceptio, &* 30) tranquilamente repetiu o que todos entendiam. No século XVIII, o senador Benedito Coelho de Sousa, a 23 de novembro de 1716, dando a sua informação, nenhuma dúvida tinha em dar provimento à revista por prescrever em trinta anos a ação de execução (Feliciano de Cunha França, *Arestos ou Decisoens dos Senados,* 1, 35: "sententia usque ad 30. annos executioni mandari potest").

Manuel de Almeida e Sousa *(Tratado sobre as Execuções,* 171) falou dos "embargos, em que se alega a prescrição do direito executivo, que produz a sentença", dizendo que a pretensão ("o direito executivo")

"prescrevia por trinta anos". E acrescentou: *"quid quid* sit, quanto à obrigação principal". No mesmo sentido, Pereira e Sousa *(Primeiras Linhas sobre o Processo Civil,* III, 7; na ed. de Teixeira de Freitas III, 11), Antônio de Almeida e Oliveira *(A Prescrição,* 299), Clóvis Bevilacqua *(Teoria Geral do Direito,* 413:

"Aquele que tiver obtido sentença definitiva a seu favor poderá deixar de executá-la desde logo, e o seu direito de requerer essa execução somente se extingue passados trinta anos") e L. E S. Carpenter *(Manual,* IV, 147 s.). Alexandre Caetano Gomes *(Manual Prático,* 187-192), distinguindo a execução da sentença *ofjicio iudicis* e a *actio iudicati,* pôs-se na posição de quem distinguisse ato de procedimento e pretensão, como se fossem espécies do gênero "execução". Nem se podia exigir ao prático do século XVIII conhecimentos dos séculos XIX e XX. Donde partiu João Monteiro *(Programa,* III, 289), contra a *actio iudicati;* ai mais uma prova de quanto era ignorante da processualística do seu tempo e do direito romano aquele advogado, mas ele mesmo admitia a prescrição de trinta anos.

Aliás, tratando-se de sentença que condenou em vida aquele contra o qual a ação existia, sem existir contra herdeiros, ~como se explicaria que possa ser executada contra os herdeiros?

Num momento em que alguns desembargadores do Distrito Federal, sem conhecimentos de direito romano e processualística hodierna, tentavam o brilho fácil dos raciocínios superficiais, alguns acórdãos "privatizaram" a pretensão á execução e proclamaram que a prescrição da ação de execução é a mesma da ação, uma vez que o Estado executa o que o devedor devia. Fazia-se, assim, tábua rasa da tradição jurídica do pais, da processualistica contemporânea (que eles desconheciam, completamente) e da letra do Código Civil, arts. 177

e 179. A concepção da execução forçada como relação jurídica entre devedor e credor, ficando passivo o órgão do Estado, foi repelida pela ciência. A relação é de direito público, angular, porque se põe entre exeqOente e Estado e entre Estado e executado. A função do Estado não é, aí, diferente daquela que ele tem, ao ser proposta qualquer outra ação, declarativa, constitutiva, condenatória ou mandamental. O direito do credor à execução forçada é contra o Estado, e contra o Estado a sua pretensão à execução forçada; o direito e a pretensão a que o devedor execute são apenas pressupostos da decisão favorável. A pretensão à execução forçada não tem por objeto a sentença, é efeito do título maduro para a execução, no dizer de J. G. Gmelin (Die *Vollstrecktbarkeit,* 23): o título que não entra no rol do art. 585 do Código de Processo Civil, ou não teve por si regra jurídica especial, ou não é sentença, não é título executivo. O título cambiário prescrito não tem mais efeito de executividade forçada, se bem que continue com a qualidade de título de crédito (= poder ser paga a dívida que dele se irradia). A executabilidade forçada éum dos efeitos de certas sentenças (L. Stein, *Grundfraqen der Zwangsvollstreckung,* 12: "Efeito, não conteúdo da sentença"; L. Kuttner, *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen,* 7 s.; W. Kisch, *Beitróge zur Urteilslehre,* 18; E E Heim, *Die Feststellungswirkung des Zivilurteils,* 68 s.) L. Rosenberg, *Lehrbuch,* 5º ed., 808; K.

A.

Bettermann, *Die Vollstreckung des Ziuilurteils,* 53 s.).

4. Duas teses. Entre as duas teses, uma falsa e outra verdadeira, da prescrição da ação de execução de sentença, dividiu-se a jurisprudência: *a)* pela prescrição no mesmo prazo da ação, —Turma do Supremo Tribunal Federal, 5 de outubro de 1942 *(RT* 150/762), V Turma, 6 de outubro de 1942 *(RT* 14ª/769), 1) Turma, 20 de maio e 11 de novembro de 1943 *(RJB* 70/47; *Forum* da Bahía, 19/266), 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 31 de julho d?

1945 *(RF* 104/291), *V* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de dezembro de 1939 *(RT* 126/99), Câmaras Civis Reunidas, 4 de agosto de 1944, 15ª/226 *(RF*

101/545), 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 21 de março de 1950 (RT 186/196); *b)* pela prescrição de trinta anos, hoje vinte anos, Corte de Apelação do Distrito Federal, 10 de abril de 1933 *(AJ*

29/345, *RD* 112/297), 1º de março de 1937 *(RD* 124/510, *AJ* 42/275): "Desde que a sentença condenatória passa em julgado, não é mais lícito falar em ação, porque surge a coisa julgada; pela ação, procura o credor assegurar o seu direito; pela coisa julgada, tem o vencedor o seu direito reconhecido. Naquela, a incerteza de ver o seu direito reconhecido, a incerteza de ver o seu direito amparado pelo Poder Judiciário; nesta, a certeza de se achar protegido por ele. Seria iníquo ver na coisa julgada, ainda que representada em sua modalidade pré-executória, simples incidente da ação"; 5º Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 12 de dezembro de 1938, e 19 de maio de 1941 *(RT* 119/766, e 140/268); 5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de dezembro de 1943 *(RT* 14ª/5ª4): 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de outubro de 1943 *(RT* 148/123). Também, a Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de julho de 1938 *(RT* 119/304), e a 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de setembro de 1939 (RT

123/121; contra, a 11 de dezembro de 1939, 126/99, e a 12 de dezembro de 1944, 158/201); 4º Câmara, 13 de outubro de 1939 (123/88).

5.

Erro da jurisprudência. Diante dos arts. 177 e 179, o Supremo Tribunal Federal e outros tribunais do país tinham de decidir qual dos dois caminhos haviam de tomar: o de considerarem regida pelos arts. 179 e 177 a prescrição, tal como era assente no direito anterior e se sustentara no direito comum (F. E. Pufendorf, *Observationes iuris,* 1, obs. 177, e II, obs. 114), ou o de terem a pretensão à execução forçada como imprescritível (D. G. Struben, cf. Spangenberg, Uber die Verjährung der *actio iudicati, Archiu for die ciuilistische Praxis,* VI, 374 s.). Em verdade, seria a disputa entre o direito romano e o direito canônico, mas em tal assunto o direito canônico não influiu, nem seria tempestivo exigir-se hoje o requisito da boa-fé, em que assentava a

afirmação de não prescrever a *actio iudicati* (prescrição = tempo + falta de *bona lides* do prescribente). Tal exigência teria tido, apenas, a conseqüência de se impedir a prescrição se não houvesse a boa-fé (Spangenberg, *Archiu,* VI, 386). Ora, esse influxo canônico não mais temos hoje. Nem seria, *de jure condendo,* de admitir-se que se regredisse àqueles tempos.

Contra a prescrição de vinte anos, diz-se que não há novação, nem ação nova sem novação, e sim simples pedido de execução, trazendo-se à discussão o dizer de J. Cujácio: "actio iudicati nihil aliud est quam executio iudicati" *(Opera,* IV, col. 21263); mas tal proposição ou é tautologia, ou foge, inteiramente, à concepção romana. Acrescenta-se que a execução é apenas desdobramento da ação. Com isso, desatende-se a que ressalta a dualidade de ações nas ações executivas do art. 585 do Código de Processo Civil e a que, proposta a ação de condenação e obtida a sentença, o que naquelas se *cumulou* à ação de condenação, aqui sucede àação de condenação. Contra a tese atribuida a Cujácio temos a tendência dos romanistas mais recentes a verem a sentença, no direito romano, como irradiadora de *novatio necessaria* (P. JôrsW. Kunkel, *Rõmisches Privatrecht,* 200), o que nos parece exata interpretação dos dizeres de Gaio e de Paulo e dos dizeres de Ulpiano, reiterados e assaz incisivos.

A novação pelo julgado não era, nem é idêntica à novação negocial, razão para tanto se ter discutido. Mas, ou a novação necessária seja idêntica à novação negocial, ou não seja idêntica, a ação deducta consumiu-se *(actio consumitur).* A novação necessária não tinha nem tem, por exemplo, as consequências de se perderem as garantias.

Por outro lado, os juristas menores, que não leram os livros de processualística portuguesa dos séculos XV a XVIII e afirmam termos tido a pseudo-opinião de Cujácio, que aliás não influiu no direito luso-brasileiro, são vitimas de confusão: o problema é de se saber se existe *pretensão à execução forçada,* problema de direito material público; e eles discutem as formas *ligadas* ou *separadas* com que se processam as duas ações, a da *res in iudicium deducta,* exercida a pretensão a condenação, e a da pretensão à execução. A jurisprudência que dá por idênticas a pretensão ou ação contra o credor e a pretensão a executar (de direito público, sempre) afasta-se da ciência: á gritantemente errada; transvia-se da nossa insigne tradição jurídica, sem descontinuidade: esquece-lhe o que os séculos nos ensinaram; e ofende a letra da lei: o art. 177 fixa os prazos das prescrições ordinárias, e o

art. 179 diz que os casos não previstos no Código Civil são regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177. No direito anterior, já o prazo da prescrição da *actio iudicati* era o de trinta anos.

O Supremo Tribunal Federal e os tribunais federais devem deixar a via do erro, que afeia a nossa jurisprudência, pois o que escreveram Virgílio de Sá Pereira *(RT* 73/13ª), Costa Manso (85/ 266) e outros de menor valor não tem qualquer fundamento em ciência do direito processual, e, digamos a verdade, revela falta de qualquer noção de pretensão à execução *(Vollstreckungsanspruch),* e da indispensável leitura dos grandes processualistas de Portugal dos séculos XVI a XVIII e do direito romano. São julgados injustos que levariam a consequências lamentáveis: a ação *iudica ti,* se a condenação foi por vicio redibitório, tratando-se de coisa móvel, prescreveria em quinze dias (!); ao que comprou o imóvel e obteve sentença favorável na ação para enjeitá-lo, ou para haver abatimento do preço, prescreveria em seis meses; a ação do segurado para executar a sentença que condenou a companhia de seguros prescreveria em um ano; o comerciante que venceu a questão de avarias, fretes, primagem, salários e outras, teria um ano para executar a sentença... Tudo isso é absurdo, fruto de triplo erro —de ciência, de história e de interpretação da lei. A Justiça padiu de premissa doutrinária falsa, falsíssima, e concluiu violando a lei. E atribuindo a Cujácio o que ele não disse.

6.Execuções de dívidas passivas da Fazenda Pública. O Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, art.

4º, estatuiu: "As disposições do adigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo a prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentenças." Daí se tira que se dístinguíu a ação da *res iudicium deducta* e a *actio judicati,* de modo que, interrompida a prescrição dessa, também só se havia de contar metade do prazo. Porém metade do prazo de prescrição da ação *iudica ti,* e não da outra.

Em vez de a referência às "execuções de sentença", no art. *42* do Decreto-Lei nº 4.547, ser a favor da tese errada da unicidade da ação, é distintiva das duas ações, *verbis* "em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença". A 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo (19 de fevereiro de 1945, *RT*

157/114) atribuiu ao Decreto-Lei nº 4.547 pensamento, *ratio legis,* que

ele não tem, nem mostra, — o de

"acabar com a velha (?) controvérsia" a respeito do prazo da prescrição da ação e da execução. O que o art. 4º

fez foi exatamente, só em direito intertemporal, subordinar a ação *iudicati* ao prazo *ordinário* de prescrição das pretensões, que — respeito às dívidas da Fazenda Pública — passou a ser de dois anos e meio, se houve interrupção, no curso de lide, ou se nasceu a ação *iudica ti,* salvo se, para as ações de cognição, era menor o prazo. Se o prazo da ação era de um ano e houve a interrupção, correu, após o fato interruptivo, o de meio ano; sobrevindo a sentença, o prazo seria de dois anos e meio, e não o de seis meses. O prazo de prescrição da ação de execução podia ser interrompido, embora o da ação não no pudesse mais. A regra jurídica do art. 4ª é apenas de sobredireito, de direito intertemporal; não é, de modo nenhum, regra de direito substancial. O seu interesse em verdade, já passou de todo. *A ratio legis* foi apagar, com os meios violentos de que dispunha o Poder Executivo, editados de decretos-leis, os resquícios das ilegalidades praticadas entre 1930 e 1939. A segunda ditadura afiou a faca para cortar, cerce, as plantas daninhas que a primeira ditadura fizera nascer O

art. 3º do Decreto-Lei nº 4.547, esse sim, é de direito substancial, devendo-se ter muito cuidado na sua interpretação, que não pode ser com a leitura apressada de certos juizes. Sobre isso, veja-se o que dizemos a propósito do prazo prescricional do art. 178, § 10 VI. No art. 3˚, in *fine,* não se editou regra jurídica sobre prazo de prescrição, mas regra juridica sobre consumação da prescrição, após interrupção. Tem-se de ler o art. 3º, *in fine,* como regra jurídica que se inseriu no sistema jurídico material e formal do direito brasileiro, sem lhe emprestarmos o papel de bomba que se lançou para se dinamitar, às doidas, esse sistema.

7.

Eficácia sentencial. Com a coisa julgada sobre a pretensão começa nova prescrição, que é a da pretensão à execução do julgado, no mais largo sentido. Não havia, antes, em atualidade, essa pretensão. Não importa se o julgado foi criador de pretensão à constituição, ou condenatório, ou mandamental, ou declarativo, ou de pretensão à execução. A eficácia de preceitação, que a sentença declarativa tem (cp. no Código de Processo Civil de 1939, art. 290), e a eficácia mediata de

condenação (art. 290, *verbis* "poderá promover-se em vidude de sentença de condenação"), ou qualquer outra eficácia que tenha, na espécie, a sentença declarativa, tem o prazo de vinte anos para a prescrição. Está assente em ciência que a regra jurídica do art. 177 (art. 179) apanha quaisquer pretensões à prestação e a sentença declaratória (E. Riezler, *J.* ti.

Staudingers Kommentar, 1, 741; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 374). Em todo o caso, cumpre não se confundir a acionabilidade declarativa do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção, que existe enquanto pode haver interesse em se declarar a existência do direito, ou da pretensão, ou da ação, ou da exceção (donde ser imprescritível a pretensão a declaração), com a pretensão exsurgida do julgado, que prescreve com os vinte anos. Se A obteve sentença declaratória do seu direito de crédito contra E, que estaria precluso após cinco anos, pode — dentro dos vinte anos que se seguirem ao julgado — preceitar ou propor a ação de condenação; mas, se a sua pretensão de crédito não prescreveu, pode ele propor a ação de declaração positiva, de novo, se bem que haja prescrito a ação oriunda da sentença declaratória trânsita em julgado, bem assim a de condenação que o crédito, *ex hypothesi,* ainda tenha. Passados os vinte anos, se antes da contagem, ou durante ela, prescreveu a pretensão, toda a eficácia da coisa julgada se encobre com a prescrição. A exceção nasce contra a eficácia do julgado; e já nascera antes, contra a pretensão que foi *res deducta in iudicium* da ação declaratória.

O mesmo raciocínio havemos de desenvolver a respeito das outras sentenças: se prescreveu a pretensão exsurgida da sentença condenatória e não prescreveu a pretensão à prestação, que foi *res in iudicium deducta,* ainda pode ser posta, de novo, a ação de condenação (nenhum principio *a priori* veda a repropositura das ações e a alegação da *res iudicata* é apenas exceção), se bem que esteja prescrita *(* = encobeda) a eficácia da sentença. Como a prescrição, ainda a respeito de coisa julgada, é exceção, não pode o juiz negar execução ao julgado mais que vintenário, tanto mais quando esse é que se há de atender, devido à novação pelo julgado; o titular do direito de execução de prescrição é que pode opôla. De ofício, o juiz pode atender à coisa julgada; não à prescrição da ação oriunda da coisa julgada, ou de algum efeito da sentença.

Se o julgado foi só em parte, a prescrição vintenal é somente quanto a

essa parte (P. Oertmann, *Aligemeiner Teil,* 64ª). Não se começa de contar o prazo vintenal, se a sentença final écondicional (J. Biermann, *Búirgerliches Recht,* 1, 365, nota 6), isto é, sentença em que intencionadamente se deixou a posterior exame alguma objeção ou exceção ainda não ajuizada (falta-lhe força de coisa julgada material, ainda que tenha a formal); porque, aí, a sentença na apreciação do que ficou pendente é que integra o julgamento, e dai é que se há de contar (J. Meisner, *Das Búrqerliche Gesetzbuch,* 1, 188). Outrossim, se a sentença foi de declaração de direito futuro, pretensão futura, ação futura ou exceção futura, ou de condenação à prestação futura (P.

Oertmann, *Aligemeiner Teu,* 64ª; O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 375; sem razão, G. Planck, *Kornmentar,* 1, 548), — porque, aí, a ação ainda vai nascer ou a exceção.

§ 704. Prescrição ordinária e direito comercial

1.

Técnica da legislação comercial. De leqe ferenda, entende-se que os prazos de prescrição, em matéria comercial, devem ser mais curtos do que em matéria civil, devido à complexidade, àintensidade e, ao mesmo tempo, certa transitoriedade das relações jurídicas comerciais. Verdade é, porém, que em muito pouco se atendeu a essa consideração na feitura do Código Comercial: o prazo ordinário da prescrição é de vinte anos (art. 442: "Todas as ações fundadas sobre obrigações comerciais contraídas por escritura pública ou particular, prescrevem não sendo intentadas, dentro de 20 (vinte) anos."). A despeito da redação do art. 442, havemos de interpretar que todas as pretensões de direito comercial, para as quais não se haja fixado prazo menor, prescrevem em vinte anos (não "dentro de vinte anos", mas "completos vinte anos"), qualquer que tenha sido a forma *escrita* do negócio jurídico (contraídas por escritura pública ou particular as obrigações) e ainda que não se trate de pretensão oriunda de negócio jurídico *(e.g.,* se provêm de ato ilícito absoluto ou relativo), uma vez que a regra jurídica, que incidiu, haja sido de direito comercial. Não, porém, se a pretensão é resultante de défice (nulidade, anulabilidade etc.). Procurou-se considerar somente civil a pretensão àindenização por atos ilícitos (Clóvis Bevilacqua, Parecer, *RF* 45/ 443 s.); mas é inelidível a classe dos atos ilícitos, absolutos e relativos, de direito comercial, na qual se incluem o uso ilegal do nome comercial, a

violação das patentes de invenção, dos direitos decorrentes de marca de indústria ou de comércio, o abalroamento, o pedido injusto de falência, os atos ilícitos dos oficiais da tripulação e gente do mar, dos auxiliares dos comerciantes, do mandatário mercantil, do comissário mercantil, dos liquidantes das sociedades comerciais, dos sócios gerentes etc.

Atos jurídicos comerciais, inclusive contratos comerciais, são aqueles que o são por sua natureza (por exemplo, venda e compra mercantil, isto é, em que comprador ou vendedor *mercancia),* ou por dependência (por exemplo, contratos com tripulação, Código Comercial, arts. 543-565; mandato para gestão de negócios jurídicos mercantis, art. 14ª; abalroamento, ato ilícito comercial), ou ex *lege* (por exemplo, operações ou negociações sobre títulos da dívida pública e outros papéis de crédito do governo, letras de câmbio e notas promissórias, cheques).

A *actio iudica ti,* que nasce de sentenças sobre pretensões regidas pelo direito comercial, prescreve em vinte anos.

2.

Prazos prescricionais menores. (1) *a)* Prescrevem em cinco anos as pretensões cambiárias contra o sacador, o aceitante e respectivos avalistas da letra de câmbio, ou do subscritor e avalistas do subscritor, tratando-se de nota promissória (Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, art. 5ª, alínea 1º: "A ação cambial contra o sacador, aceitante e respectivos avalistas, prescreve em 5 (cinco) anos. A ação cambial, contra o endossador e respectivo avalista, prescreve em 12 (doze) meses"; art. 56: "São aplicáveis à nota promissória, com as modificações necessárias, todos os dispositivos do Titulo 1 desta Lei, exceto os que se referem ao aceite e às duplicatas. Para o efeito da aplicação de tais dispositivos, o emitente da nota promissória é equiparado ao aceitante da letra de câmbio."); b)ação para decretar-se a invalidade de registro de marcas de produto ou serviço, de certificação e coletivas, que for concedido contra as regras jurídicas da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, tem cinco anos (art. 174: "Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão."), mas o prazo é preclusivo; *c)* já é prescricional o prazo quinquenal para a ação de reparação do dano causado ao conteúdo, ao exercício, ou ao exercício e conteúdo do direito de propriedade industrial; (Lei nº 9.279, art.

225:

"Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial.").

d) A pretensão do terceiro contra os sócios, que não tenham funcionado como liquidantes da sociedade, suas viúvas ou herdeiros, a contar do dia da expiração do prazo social, ou daquele em que for o distrato registrado e publicado (cf. Supremo Tribunal Federal, 11 de outubro de 1924, *RSTF* 81/208-210; art. 404: "As ações de terceiro contra sócios não liquidantes, suas viúvas, herdeiros ou sucessores, prescrevem no fim de 5 (cinco) anos, não tendo já prescrito por outro título, a contar do dia do fim da sociedade, se o distrato houver sido lançado no Registro do Comércio e se houverem feito os anúncios determinados no art. 337; salvo se tais ações forem dependentes de outras propostas em tempo competente"; sem razão, J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* III, 239-242, VI, Parte III, 541, que, por influência de doutrina estrangeira, equiparou sócios que funcionaram como liqtidantes a sócios que nao funcionaram como liquidantes).

(li) Prescrevem em quatro anos: *a)* As pretensões ao saldo de contas correntes dadas e aceitas (Código Comercial, art. 405, 1ª parte: "As dívidas provadas por contas correntes dadas e aceitas... prescrevem no fim de 4 (quatro) anos da sua data."). *b)* As pretensões por contas de vendas de comerciante a comerciante, presumidas liquidas, a contar da data dessas contas (Código Comercial, art. 405, 2º parte: "As dívidas . . .por contas de vendas de comerciante a comerciante, presumidas líquidas (art. 219), prescrevem no fim de quatro anos da sua data."). *c)* A pretensão para haver o pagamento de mercadorias fiadas, sem título escrito assinado pelo devedor, se esse residir fora do Brasil (Código Comercial, art. 406, *in fin e).* Na espécie *a), à* extração, remessa e aceitação da conta corrente começa a correr a prescrição para a pretensão, ainda que tácita a aceitação (Código Comercial, art. 402; sem razão, o Supremo Tribunal Federal, a 9 de novembro de 1916, RSTF 4ª/86 s.) cedo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de abril de 1924, *RT* 50/142). Não seria de admitir-se contar-se o prazo desde a última transação (Superior Tribunal do Amazonas, 7 de dezembro de 1898, *Ri* V, 268 s.), nem desde a expedição da extração (Paulo de Lacerda, *Estudos sobre Contrato de Conta-Corrente,* 278; Do *Contrato de Conta-Corrente,* 2º ed., 360), nem após dez dias da data da extração, por incidência do art. 137 do Código Comercial (Antonio Joaquim Ribas, Prescrições de obrigações comerciais, *OD* V, 162: "...é justo que o prazo da prescrição de tais contas correntes deva começar a correr da sua data, ou, mais precisamente, do dia em que elas se tornarem exigíveis na forma do art. 137"; contra, Teixeira de Freitas,

Aditamentos ao Código do Comércio, 1, 853: “Solução dúbia, solução incompreensível, porque joga com dois tempos diversos como se fora um só tempo. Nada mais terminante que o remate do art. 445, dizendo “prescrever no fim de quatro anos da sua data”. Logo, *nas datas* das contas correntes dadas e aceitas, nas datas das contas de venda de comerciante a comerciante, temos *acuo nata,* e não é possível aplicar o art.

137 com a sua exequibilidade *dez dias depois da data”;* cf. Relação da Corte, 23 de maio de 1876). Têm-se de distinguir a aceitação expressa, de quando começa de correr o prazo prescricional, e a aceitação tácita (Reg. nº 737, de 25 de novembro de 1850, art. 15ª: “Entre os escritos padiculares que servem de prova no juízo comercial, ou por si sós ou acompanhados de outras provas, compreendem-se:

§ 5º As contas comerciais, balanços, faturas, minutas de contratos e negociações, *ou não reclamadas,* ou escritas, ou assinadas pelas pades contra as quais se produzem”). Se a conta é apresentada ao devedor e esse impugna parcelas, ou parcela, a prescrição é a ordinária comercial: não houve aceitação do saldo; e corre desde a impugnação.

(III) Prescrevem em três anos: *a)* a ação para haver dividendos, contados o prazo da data em que tenham sido postos àdisposição do acionista (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, art. 287,11, *a)). b)* A ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes fiscais ou sociedades de comando, para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção do grupo, contado o prazo: 1) para os fundadores, da data da publicação dos atos constitutivos da companhia; 2) para os acionistas, administradores, fiscais e sociedades de comando, da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido; 3) para os liquídantes, da data da publicação da ata da primeira assembléia geral posterior à violação (Lei nº 6.404, art. 287, II, *b)). c)* A ação contra acionistas para restituição de dividendos recebidos de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata e assembléia geral ordinária do exercício em que os dividendos tenham sido declarados (Lei nº 6.404, art.

287,11, *c)).*

d) A ação contra os administradores ou titulares de partes beneficiárias para restituição das padicipações no lucro recebidas de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da assembléia

geral ordinária do exercício em que as padicipações tenham sido pagas (Lei nº 6.404, art. 287, II, *d)). e)* A ação contra o agente fiduciário de debenturistas ou titulares de partes beneficiárias para dele haver reparação civil por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei ou da escritura de emissão, a contar da publicação da ata da assembléia geral em que tiver tomado conhecimento da violação (Lei nº 6.404, art. 287, II, *e)). fl* A ação contra o violador do dever de sigilo de que trata a Lei nº 6.404, art. 260, para dele haver reparação civil, a contar da data da publicação da oferta (Lei nº 6.404, art. 287, II, *fl). g)* A pretensão ao pagamento de mercadorias fiadas sem título escrito assinado pelo devedor se esse residir em unidade política imediata à União (Estado Federado, Distrito Federal, Território) diferente do em que resida o credor (Código Comercia], art. 406, alínea 1ª, 2º parte).

f) As pretensões resultantes de letras de dinheiro a risco, ou seguro marítimo, a contar do dia em que as obrigações forem exigíveis (407: "As ações, resultantes de letras de dinheiro a risco ou seguro marítimo, prescrevem no fim de 1 (um) ano, a contar do dia em que as obrigações forem exigíveis (arts. 638, 660 e 667, nº 9 e 10), sendo contraídas dentro do Império, e no fim de três, tendo sido contraídas em país estrangeiro.").

1) As pretensões cambiariformes contra o aceitante-comprador e seus avalistas, na duplicata mercantil e de prestação de serviços, ou na triplicata. Diz a Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, art. 18: "A pretensão à execução da duplicata prescreve: 1 — contra o sacado e respectivos avalistas, em 3 (três) anos, contados da data do vencimento do título; II — contra endossantes e seus avalistas, em 1 (um) ano, contado da data do protesto; III — de qualquer dos coobrigados, contra os demais, em 1 (um) ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título."

(IV) Prescrevem em dois anos: *a)* A pretensão ao pagamento de mercadorias fiadas sem título escrito assinado pelo devedor residente na mesma unidade política imediata (Estado Federado, Distrito Federal, Território), se mercantil a divida *(* = sendo comerciante o vendedor, Tribunal de Justiça de São Paulo, 19 de dezembro de 1913 e 13 de novembro de 1914, *RD* 35/507 s.; 30 de maio de 1916, *RT* 18/114 s.) sem razão, a 16 de abril e 19 de novembro de 1915, 13/18, e 16/157), por força do art. 406, alínea 1ª: "O direito para demandar o pagamento de mercadorias fiadas sem título escrito assinado pelo devedor, prescreve no fim de 2

(dois) anos, sendo o devedor residente na mesma Província do credor; no fim de 3 (três) anos, se for morador noutra Província; e passados 4 (quatro) anos, se residir fora do Império." *b)* A pretensão ao cumprimento de qualquer obrigação comercial que só se possa provar por testemunhas (art. 406, alínea 2ª "A ação para demandar o cumprimento de qualquer obrigação comercial que se não possa provar senão por testemunhas, prescreve dentro de 2 (dois) anos."). *c)* A pretensão "para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, e irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação." (V) Prescrevem em um ano: *a)* A ação cambiária contra os endossantes e respectivos avalistas (Lei nº 2.04ª, art. 5ª: "doze meses"). 1,) A ação cambiariforme contra os endossantes e respectivos avalistas da duplicata ou da triplicata, bem assim de "qualquer dos coobrigados, contra os demais, em 1 (um) ano, contado da data em que haja sido efetuado o pagamento do título." (Lei nº 5.474, de 18 de julho de 1968, art. 18,11 e 111). c) A pretensão resultante de dinheiro a risco ou seguro marítimo, contando-se o prazo do dia em que a obrigação for exigível (Código Comercial, arts. 638, 660 e 667, incs. 9 e 10), se contratado no Brasil (art. 407, 1ª parte), considerando-se exigível dentro de quinze dias da apresentação da conta, instruída com os documentos, salvo se outro prazo se estipulara (Código Comercial, art. 730). E evidente, *de lege lata,* que não se conta do sinistro (Supremo Tribunal Federal, 2 de agosto de 1902, *OD* 90/450: "O prazo de um ano é de contar-se do dia em que a obrigação é exigível e assim deve ser entendido aquele em que o segurado se acha aparelhado para trazer a ação em juízo nos termos do art. 302 do Reg. nº 737, e não o do sinistro"; e 15 de junho de 1911, *OD* 188/412-415). *d)* As pretensões por salários, soldadas, jornais, ou pagamentos de empreitadas contra comerciantes, contado o prazo do dia em que os agentes, caixeiros, ou operários tiverem saído do serviço do comerciante, ou em que a obra da empreitada for entregue (Código Comercial, art. 408, 1ª parte), mas, se as dívidas se provarem por títulos escritos, a prescrição segue a natureza desses títulos (art. 408, 2º parte), pré-

excluída, nas duas espécies, a incidência do Código Civil, art. 178, *§* 10, V (2º Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 21 de junho de 1921, e Câmaras Reunidas, 27 de outubro de 1921, *RSTF* 50/179 s., *RT*

28/250 s.) e pré-excluida a incidência do art. 408 quando haja de incidir a legislação do trabalho (Decreto-Lei nº 5.454, de 1º de maio de 1943, art. 11: "Não havendo disposição especial em contrário nesta

Consolidação, prescreve em 2 (dois) anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido"; cf. arts. 119 e 143; os prazos dos arts. 36, quanto àreclamação concernente à anotação em carteira profissional, e 853, quanto a inquérito para apuração de falta grave, são preclusivos). *e)* As pretensões entre contribuintes, por avaria grossa, se a sua regulação e rateio se não promoverem dentro de um ano, a contar do fim da viagem em que teve lugar a perda (Código Comercial, art. 409, 1). *1)* As pretensões por entrega de carga, a contar do dia em que findar a viagem marítima (art. 409, 2; ainda se a mercadoria foi totalmente perdida, se bem que quisesse distinguir, invocando o prazo prescricional ordinário, o Supremo Tribunal Federal, a 1º de novembro de 1918, *RJ* 13ª/485, *RD* 55/323; cedo, J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* VI, Parte III, 547, nota 2). *g)* As pretensões de indenização oriundas de contrato de transporte por estradas de ferro, por motivo de perda, total ou parcial, ou de avaria de mercadorias, contado o prazo da data da entrega da mercadoria, no caso de avaria, ou do trigésimo dia, após aquele em que, de acordo com os regulamentos, devia ter-se efetuado a entrega, nos casos de furto ou perda (Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, art. 9º

h) As pretensões de frete e primagem, estadias e sobrestadias, e as avarias simples, a contar do dia da entrega da carga (Código Comercial, art. 409, 3). i) As pretensões por salários e soldadas da equipagem, a contar do dia em que findar a viagem (art. 409, 4). j) As pretensões por mantimentos supridos à marinhagem por ordem do capitão, a contar do dia do recebimento (art. 409, 5). *k)* As pretensões por jornais de operários empregados em construções ou conserto de navio, ou por obra de empreitada para o mesmo navio, a contar do dia em que os operários forem despedidos, ou a obra se entregou (art. 409, 6). *1)* A ação revocatória de atos do falido praticados antes da falência (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 56, *§* 1º: "A ação somente poderá ser proposta até um ano, a contar da data da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo"; art. 114: "Apresentado o relatório do síndico (art. 63, nº XIX), se o falido não pedir concordata, dentro do prazo a que se refere o art. 178, ou se a que tiver pedido lhe for negada, o síndico, nas quarenta e oito horas seguintes, comunicará aos interessados, por aviso publicado no órgão oficial, que iniciará a realização do ativo e o pagamento do passivo"; art. 114, parágrafo único: "Se tiver sido recebida denúncia ou queixa (art. 109, *§* 2º), o síndico, nº.s quarenta e oito horas seguintes à apresentação do relatório, providenciará a mesma publicação"). Nas espécies *h), i),* j) e *k),* se a pretensão consta de escrito assinado pelo

capitão, armador, ou consignatário, a prescrição é a do título (art. 449, *in une)*.

(VI) Prescrevem em trinta dias contrato dc transporte pelas estradas mento avaria oculta ou perda parcial, mento da mercadoria (Lei nº 2.681, as pretensões oriundas de de ferro, tendo por funda-verificada depois do recebi-art. 8v).

O contrato de corretagem pode ser de direito civil, ou de direito comercial. Discute-se qual a prescrição para o corretor haver a percentagem ou outra remuneração, se civil a corretagem. Para uns, há de incidir, por extensão, o direito comercial (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado,* II, 288, nota 2; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de abril de 1945, RT 157/ 254). Sem razão, porque seria recorrer-se a outro ramo do direito, para o qual o direito civil é que é subsidiário. Outros pensam que, sendo admitida a opinião anterior, incide o art. 408 do Código Comercial (sobre agentes, caixeiros e operários), o que é de repelir-se. A ação prescreve, em direito comercial, segundo o art. 402 do Código Comercial (vinte anos), salvo lei especial; no direito civil, segundo o art. 177 do Código Civil (vinte anos).

§ 705. Casos não-previstos de prescrição

1. Dívidas fiscais. "Os casos de prescrição não previstos neste Código", diz o art. 179, "serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177." Quaisquer pretensões, inclusive as fiscais, se não há lei especial; portanto, o prazo de prescrição das dívidas fiscais de mais de quatrocentos cruzeiros fora o de quarenta anos (Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841, art. 20; Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, art. 9º), e não o de trinta (nem foram imprescritiveis, como queriam, absurdamente, Clóvis Bevilacqua, *Código Civil comentado,* 1, 514, e a 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 4 de outubro de 1949, *RF* 129/75; cp. E Sá Filho, *Estudos de Direito Fiscal,* 4º). O art. 178, *§* 10, VI, não falou das dívidas fiscais, de modo que surgiu o problema quanto a algumas dívidas que se podiam reger pelo art. 178, *§* 7º, II isto é, as dívidas por impostos até quinhentos cruzeiros. Tinha-se de partir do princípio de serem as dívidas fiscais regidas, em virtude do art.

179, pelo art. 177, se não havia legislação especial. Mas havia a lei

especial, a Lei nº 3.396, de 24 de novembro de 1888 art. 1º, alínea 1ª, que fixou o prazo de dez anos para as dívidas até quinhentos cruzeiros.

"Fica reduzida a dez anos a prescrição das dívidas fiscais não excedentes de 500$000." Portanto, a prescrição de dois anos, que o art. 178, *§* 7º, II, estabeleceu, não alcançava as dívidas fiscais (1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de agosto de 1943, 19 de outubro de 1944, 2º Turma, 28 de abri! de 1944, *RDA* 1, 537-5, II, 230), contra jurisprudência estadual de Minas Gerais *(RF* 3ª/98; 56/483; 57/480; 73/102; 76/82; 93/331), São Paulo (76/503; 83/531; RT 90/123; 91/100/563/324) e Rio Grande do Sul *(EDA* 54ª/550). Posteriormente, a jurisprudência uniformizou-se (Supremo Tribunal Federal, *4* de junho de 1945, *RDA* IV, 201 s.) 3ª

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 31 de janeiro de 1945, 202 s.); mas, a 3 de agosto de 1948

(RDP 22/74-78), o Supremo Tribunal Federal voltou à aplicação do art. 178, *§* 7º, II, do Código Civil. O novo lançamento do imposto, *e.g.,* de renda (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 9 de outubro de 1944, *RDA* 1, 605), interrompe a prescrição, desde a notificação. No dia 7 de outubro de 1948 (1ª Turma), houve julgado expressivo, em que o relator dava provimento, para se aplicar o art. 179 (?) e o presidente, com voto, o negava, por entender de aplicar-se o art. 178, *§* 72, fl *(liDA* 22/ 78 s.). Assim, o Supremo Tribunal ainda vacilava entre o Código Civil e o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, art. 92º Cumpre notar-se que algumas dívidas fiscais receberam têm prazo prescricional especial *(e.g.,* as provenientes de imposto de renda; cp. Decreto nº 85.450, de 4 de dezembro de 1980, art. 712).

Disse o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, art. 9º: "A prescrição de 40 anos posta em vigor pelo citado art. 20 da Lei de 30 de novembro de 1841, com referência ao Capítulo 210 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida ativa da Nação, opera a completa desoneração dos devedores da Fazenda Nacional do pagamento das dívidas, que incorrem na mesma prescrição, de maneira que, passados os 40 anos, não pode haver contra eles penhora, execução, ou outro qualquer constrangimento." No art. 10: "Os 40 anos para a prescrição da dívida ativa começam a correr, para as dívidas contraídas até o último de dezembro de 1843, do dia 1ª de janeiro de 1843, e para as posteriores, desde o último dia do prazo estabelecido para o

pagamento por Lei, Regulamento, ou contrato, uma vez que passem continuada e seguidamente sem interrupção." No art.

11: "O curso dos 40 anos interrompe-se, impedindo a prescrição: 1º. Pela citação, penhora ou seqUestro feito aos devedores para se haver o pagamento. 22. Por qualquer outro procedimento judicial ou administrativo havido contra eles para o mesmo fim. 3º Pela concessão de espaço aos devedores, admitindo-os pagar por prestações." No art. 12: "Aqueles que quiserem segurar o seu direito obstando a que corra para a prescrição o tempo consumido por demora e embaraços das Repartições, poderão requerer, e se lhes dará um cedificado da apresentação do requerimento e documentos com especificada declaração do dia, mês e ano." Tal fora o direito vigente até 31 de dezembro de 1966. A 1º de janeiro de 1967, revogando essas regras jurídicas, bem assim as estabelecidas pela Lei nº 854, de 10 de outubro de 1940, entrou em vigor a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em cujo art. 174, *pr.,* se estatuiu que a pretensão e a ação irradiadas do direito de crédito tributário prescrevem em cinco anos contados de sua constituição definitiva. Esse prazo é continuo,

"excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o de vencimento" (Lei nº 5.172, art. 210, *pr.).* O

terminus a quo é o primeiro dia útil após a intimação do legitimado passivo (Lei nº 5.172, art. 210, parágrafo único; arg. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 184, *§* 29, e antes do advento do *terminus ad quem* pode dar-se a interrupçao do prazo de prescrição pela *a)* citação pessoal feita ao legitimado passivo, *b)* pelo protesto judicial, c) por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor e *d)* por ato de reconhecimento da dívida pelo devedor, posto que extrajudicial (Lei nº 5.172, art. 174, parágrafo único, [-IV).

Alguns acórdãos aplicaram o prazo de trinta anos às dividas fiscais da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ou das entidades equiparadas por lei especial *(e.g.,* 3º

Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de junho de 1944, RT 131/132; 2º Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2 de fevereiro de 1948, 181/886; V Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 9 e 23 de março de 1950, *RI* 51/548 e 545). Mas o erro ressaltava: ou se haveria de entender que o Código Civil revogara a Lei nº 243, de, 30 de novembro de 1841, art. 20, o Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, arts. 9º-l2, e a Lei nº 3.396, de 24 de novembro de 1888, art. 19, alínea 1ª, ou que não os revogara. Fora

absurdo entender-se que revogara àqueles estatutos e não a esse. Não revogara a esse, nem àqueles.

2.

Dívidas *ativas não-fiscais.* Nem todas as pretensões de que são titulares a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios são pretensões fiscais. Algumas são de direito público, sem serem fiscais; outras, de direito privado. Quando alguns intérpretes e juizes, na interpretação dos arts. 178, *§* 7º, II e 179, põem o problema de se regerem, ou não, pelo Código Civil as dividas ativas de tais entidades estatais e daquelas, de direito público, que lhes foram equiparadas, exorbitam dos termos da questão de interpretação. Não há dúvida quanto a poderem reger-se pelos arts. 178, *§* 7º,Il, e 179 as dívidas ativas de direito privado, isto é, as pretensões de direito privado cujos titulares são entidades estatais, ou entidades por lei especial a elas equiparadas. Quanto às dívidas de direito público não-fiscais, se não há legislação especial, que possa ser invocada, incide o Código Civil, arts. 178, *§* 7º, II e 179. A Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841, art. 20, referiu-se ao Capítulo 210 do Regimento da Fazenda, remissão que se repetiu no Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, art. 9º Ora, o Regimento da Fazenda, de que cogitou o art. 20 da Lei nº 243, foi o Regimento da Fazenda de 17 de outubro de 1516, onde se disse, no Capítulo 210: "Mandamos que por nossas dívidas se não faça penhora nem execução, nem outro algum constrangimento depois de serem passados quarenta anos, salvo se por nossa parte, e em nosso nome for alegado; e provado que foi feita a interrupção, f. que foram estas dívidas pedidas, ou os devedores penhorados, ou houverem de Nós espaço, ou por outra semelhante maneira; e do tempo da interrupção não forem ainda passados os quarenta anos." Se bem que o conceito de Fazenda, no tempo reinícola, fosse um tanto mais lar9o, o Regimento da Fazenda somente concernia às dívidas fiscais. E verdade que no art. 10 do Decreto nº 857 se falou de contrato, porém tal alusão atendeu a cedas rendas fiscais que eram oriundas dos negócios jurídicos bilaterais.

Seja como for, é o Código Civil que se há de aplicar em tudo que escapa ao conceito de fiscalidade, se não incide regra jurídica especial, ou específica. Por isso mesmo, é condenável falar-se de dividas ativas das entidades estatais, ou das entidades a elas equiparadas, quando se está a discutir prescreverem, ou não, segundo o Código Civil as dívidas fiscais.

3.

Ações reais contra a Fazenda Pública. A prescrição das ações reais contra a Fazenda Pública é a ordinária (dez anos, entre presentes; quinze anos, entre ausentes). Nem se pode dizer que todas as ações pessoais estejam sujeitas à legislação especial (Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, art. 1º, *verbis*

"dividas passivas", "cinco anos contados do ato ou fato do qual se originaram"; art. 2º, *verbis* "pensões vencidas ou por vencerem , "meio soldo", "montepio civil e militar , quaisquer restituições ou diferenças"; Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, art. 3º, *in fine, verbis* "dois anos e meio", quanto à *actio iudicati,* cp. art. 4º.

A legislação especial somente concerne às ações condenatórias pessoais; não às ações declarativas, constitutivas negativas (e.g., decretação de inconstitucionalidade ou nulidade de lei, ou ato do poder público), mandamentais e executivas que não sejam de dívidas pessoais, ou a de execução de julgado.

As "ações pessoais", a que se referiu o Supremo Tribunal Federal, a 19 de janeiro de 1938 *(AJ* 40/158 e 54/155), são as oriundas de dívidas de direito das obrigações, em que a Fazenda Pública teria de pagar.

§ 706. Prazos de dias e de meses

1.

Prazos de dez dias (art. 178, 5 fl. Diz o art. 178 (DecretoLei nº 5.054, de 8 de dezembro de 1942):

"Prescreve: *§* 1ª. Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já deflorada (arts. 218, 219, nº IV, e 220)." O fundamento para ser curto o prazo é o ser difícil a prova posterior aos dez dias; mas trata-se de prazo preclusivo (Supremo Tribunal Federal, 9 de julho de 1948, *JM* 1, 606); e não de prazo de prescrição, podendo, assim, ser declarada pelo juiz a preclusão (Tribunal da Relação de Minas Gerais, 15 de dezembro de 1926, *RF* 48/367), e não cabe qualquer renúncia a ela (1ª

Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 14 de agosto de

1922, *RD* 67/144 s.).

A preclusão segundo art. 178, *§* 1ª, é declarável de ofício porque todas as preclusões são declaráveis de ofício (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 2 de agosto de 1945, *RT* 161/70), não porque, na espécie, tenha sido "estabelecida a prescrição em favor da ordem social", como, sem razão, se disse na 1ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, a 14 de agosto de 1922. Tal prazo não é suscetível de suspensão, ou de interrupção (confusão com a eficácia da citação, que se operava desde o despacho, no acórdão da 8º

Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 5 de agosto de 1949, *Ai* 95/184). Conta-se, excluído o dia do casamento (3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de julho de 1929, *RD* 97/413), pela natureza da ação.

A despeito dos termos do art. 178, *§ 1ª, verbis* "contados do casamento", se a mulher foge após o casamento, ou não permite relações sexuais, qualquer que seja o motivo, não começa de correr o prazo (6º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de novembro de 1947, relator H. da Silva Lima, *RT* 171/ 5ª5). Por outro lado, é preciso não se confundir a ação de cujo prazo trata o art. 178, *§* 1º (art. 219, IV), com a ação a que se refere o art. 219, 1, cujo fundamento é outro, ainda que, dentre os fatos alegados, um seja o defloramento da mulher por outrem, antes do casamento (confuso, mas cedo na conclusão, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 22 de fevereiro de 1932, *RT* 86/391).

2.

Prazo de quinze dias (art.1 78, 5 2º) ou de dez dias (Código Comercial, arts. 210 e 211). (a) Direito Civil. "Prescreve: *§* 2º. Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a ação do comprador contra o vendedor, para haver abatimento do preço da coisa móvel, vendida com vicio redibitório, ou para rescindir a venda e reaver o preço pago, mais perdas e danos" (art. 178, *§ 2º* O prazo é preclusivo, e não prescricional.

O art. 178, *§* 2º, como o art. 178, *§* 5º, IV, somente cogita das pretensões dos arts. 1.101-1.106. Tais pretensões não se referem às infrações contratuais, em que se invocam os arts. 1.056-1.058, ou

outras regras jurídicas. E.g., o defeito somente poderia ser descoberto depois de se armar a máquina, o que não poderia ser no prazo, ou não se previu que o fosse; a mercadoria entregue foi diferente (diferença não é defeito, 3º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de março de 1944, *RT* 150/106). O prazo é preclusivo; não admite suspensão ou interrupção (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 16 de novembro de 1942, *RT* 143/202), posto que, nas relações de consumo pertinentes a fornecimento de serviço e produto *o)* não-duráveis e duráveis, conceba a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 26, *§* 2º, 1 e III, quanto a esse prazo, respectivamente de *a)* trinta e noventa dias, causas obstativas à preclusão do direito do consumidor. Se, pelo contrato, explícita ou implicitamente, a venda e compra é condicionada à experimentação (cp.

art. 1.135), a ação de resolução ou de indenização por adimplemento insatisfatório (inadimplemento positivo) não preclui no prazo do art. 178, *§* 2º, ou do art. 178, *§* 5º, IV, que são prazos preclusivos (ceda, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 19 de outubro de 1942, 1ff 101/301, e 3 de maio de 1943, *RT* 158/325; sem razão, a 2º Turma, a 16 de dezembro de 1941, e Supremo Tribunal Federal, a 2 de setembro de 1942, *RT*

143/328 e 158/893). Por exemplo: se o defeito do motor não poderia ter sido verificado antes do prazo preclusivo, a ação é a de adimplemento não-satisfatório (5ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de abril de 1938, RT 116/167, e 120/208). Em geral, as vendas e compras de máquinas cujo defeito somente pode ser verificado após instalação, ou que não poderia ser experimentada imediatamente (e.g., não houve ainda força elétrica no prédio, dependeu da vinda do engenheiro instalador demorar além do prazo a instalação), não estão sujeitas ao prazo do art. 178, *§* 2º (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6

de maio e 16 de setembro de 1941, RT 134/548/136/197 e 137/572). Antes, Tomo II, *§* 174. Se o suporte fático traduz relação jurídica sob a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que estabelece regras jurídicas de proteção e defesa do consumidor (Constituição de 1988, art. 5º, XXXII, e 170, V), de ordem pública e interesse social, há regra jurídica explícita: o prazo preclusivo, em se tratando de défice oculto no bem jurídico, inicia-se no momento em que ficar evidenciado o vício (art. 26, *§* 39.

Cedo, quanto à ação de adimplemento não-satisfatório, a 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 2 de agosto de 1945 *(RT* 158/785: "Trata-se de refrigerador que devia ter determinada capacidade de refrigeração prevista no contrato, mas que não produziu o resultado desejado"), a 1º Câmara, a 24 de setembro de 1945 (16 1/236: "Em se tratando de compra de máquina, que deva ser entregue montada e em funcionamento, o prazo de prescrição começa a fluir da entrega definitiva, ou seja após a conclusão da montagem e experiência da máquina"); a 3ª Câmara, a 5 de junho de 1946 (164/709); a 2º Câmara, a 4 de fevereiro de 1947 (167/719: ". . .a verificação da esterilidade do gado vacum não pode ser feita no curto prazo de quinze dias da tradição dos animais"); e a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 26 de novembro de 1948 (178/851).

Se foi dado prazo para a verificação, o art. 178, *§ 2º,* ou o art. 178, *§* 5º, ~v, não incide. Absurdo, porém, o acórdão da 3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 28 de outubro de 1948 *(RT* 178/218), que — por ter sido pregada ao solo a máquina adquirida — a considerou parte integrante do imóvel para o efeito de ser aplicado o art. 178, *§* 5º, IV. Isso não tem qualquer fundamento em direito: se há prazo, só após ele se conta o prazo preclusivo do art. 178, *§* 2º (ou o do art. 178, *§ 5º*, IV, se a coisa entregue foi imóvel); a integração da máquina ao imóvel, ou a sua ligação a ele, como pertença, de modo nenhum tem qualquer influência, é fato posterior à entrega (cedo, a @ Câmara, a 1º de setembro de 194ª, 186/100). Se não há prazo de experimenta-

ção, a ação a ser proposta é a de inadimplemento satisfatório (confundiu as duas a sentença publicada na *RT*

161/236).

Não há pensar-se em invocação do art. 178, *§* 2º, se a coisa entregue foi outra que a devida (3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de março de 1948, *RT* 173/763). O art. 178, § 2º, como o art. 178, *§* 5º, IV, é estranho à questão da identidade do objeto.

Tampouco é de confundir-se a ação do art. 1.101, ou a do art. 1.105, com a ação de anulação por erro quanto à qualidade essencial da coisa (arts. 86-88), como se A compra tela, que se diz de autoria de pintor célebre e não no é (4e Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 25 de.maio de 1944, *RT* 15ª/513), nem com a ação de anulação por

dolo, essencial (art. 92), ou acidental (art. 93).

Se, diante da impugnação, o dador substituiu a coisa, o prazo preclusivo conta-se da entrega da segunda coisa (3ª Cãmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de dezembro de 1944, *RT* 157/208). Aliás, dá-se o mesmo quanto ao prazo prescricional da ação de inadimplemento satisfatório.

O art. 178, *§* 2º, incide em se tratando de venda com reserva de domínio (3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11 de dezembro de 1942, *RT* 145/721); e de troca (art. 1.164, 1; Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de outubro de 1932, RT 86/299).

Direito comercial. O prazo do Código Comercial, arts. 210 e 211, é de dez dias. Diz o art. 210: "O

vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria do uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuam o seu valor, que o comprador, se o conhecera, ou a não comprara, ou teria dado por ela muito menor preço." E o art. 211: "Tem principalmente aplicação a disposição do artigo precedente, quando os gêneros se entregam em fardos ou debaixo de coberta que impeçam o seu exame e reconhecimento, se o comprador, dentro de dez dias imediatamente seguintes ao do recebimento, reclamar do vendedor falta na quantidade, ou defeito na qualidade; devendo provar-se no primeiro caso que as extremidades das peças estavam intactas, e no segundo que os vícios ou defeitos não podiam acontecer, por caso fortuito, em seu poder. Esta reclamação não tem lugar, quando o vendedor exige do comprador que examine os gêneros antes de os receber, nem depois de pago o preço" (cf. 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8 de maio de 1939, *RT* 90/335). O art. 212 incide em matéria comercial e a ele corresponde principio geral de direito, invocável no direito civil: "Se o comprador reenvia a coisa comprada ao vendedor, e este a aceita (art. 76), ou, sendo-lhe entregue contra sua vontade, a não faz depositar judicialmente por conta de quem pertencer, com intimação do depósito ao comprador, presume-se que consentiu na rescisão da venda." Depois de pago o preço, se foi *após* recebimento (= nem antes, nem no ato).

Tratando-se de venda e compra de *refugos* ou por preço de *refugos,* ou

retalhos, ou *salvados,* não cabe a ação dos arts. 1.101-1.106 (sobre os refugos, 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de abril de 1943, *RT* 14ª/206).

Se há venda a contento (arts. 1.444-1.148; Código Comercial, art. 207, *§* 29, não cabe invocar-se a preclusão do art. 178, § 2º, que só se refere às ações edilícias (Supremo Tribuna! Federal, 19 de outubro de 1942, *DJ* de 23 de março de 1943, 1.550).

3.

Prazo de dois (art. 178, 5 39 e de três meses (art. 178, 5 4º, *1).*

Prescreve, diz o art. 178, *§* 3º, "em

dois meses, contados do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 338 e 341)". O prazo somente começa a correr da *presença* do marido. Não se aludiu à ciência do nascimento, pelo marido, como fazem outros sistemas jurídicos. Basta a presença na cidade, vila ou município, conforme o sentido de presença, no art. 177 (cf. art. 551, parágrafo único:

"Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitem municípios diversos.").

Nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Titulo 3, *§* 1, considerava-se ausente o que morava noutra comarca *(verbis* "se ambos, credor e possuidor, eram moradores em uma comarca"); "se eram moradores em desvairadas comarcas", tinham-se por ausentes (cf. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 4ª, *§* 3, de onde vem a explicitação). Meses concretos (Lei nº 810, de 6 de setembro de 1944, art. 29.

Diz o art. 178, *§* 4º, 1, que prescreve em três meses: a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo".

(a) A ação de impugnação, pelo pai — enquanto marido —, da filiação é ação constitutiva negativa — tem por fim destruir o status dessa filiação, que é criado pelo casamento, com a permanência da sociedade conjugal, *mais* o nascimento durante ela. Não se precisa

pensar, enquanto tal ação é proponível, em

"legitimidade provisional" (L. Raape, Vorläufige Ehelichkeit, *Archiu fOr die civilistische Praxis,* 120, 194

s.), nem em "legitimidade anulável" (Th. Kipp, *Lehrbuch,* II, *2,* 18º-20º ed., 289: *eine vernichtbare Ehelichkeit).* Não há, em direito, anulação de efeitos; concepção *mais* constância do casamento é eficácia; desconstitui-se; não se anula, nem se lhe decreta a nulidade. Anula-se ato jurídico, *stricto* sensu, ou negócio jurídico; efeitos existem, ou não existem. O que se passa é que se impugna a afirmação de ser pai o marido,

—nega-se a comunicação do fato, comunicação que se entende feita, *a)* se o marido está presente, salvo prova de que, ainda presente, lhe ocultaram o nascimento *(e.g.,* disseram-lhe que morrera o filho da mulher, antes de nascer; o marido não é constrangido a impugnar essa filiação do natimorto), ou *b)* se, ausente, o marido volta à casa conjugal, ou *c)* se, ausente, lhe chega a comunicação que lhe foi feita.

O prazo do art. 178, *§* 3º, como o do *§ 4ª, I,* é preclusivo. Não se suspende, nem se interrompe. Pode o juiz declarar, de ofício, a preclusão (art. 166, *a fortiori,* por se tratar de prazo preclusívo). Não impede nem suspende o curso do prazo preclusivo o estar o nome do apontado como filho no registro civil (O. Warneyer, *Kornmentar,* II, 746), ou sem indicação do nome do pai. Se o pai desiste da ação, para se propor de novo, não épreciso que ainda se possa fazer dentro do prazo, pois que se entende ter ressalvado, na desistência, a eficácia da impugnação (cp. K. Hellwig, Erlóschung des Scheidungsrechts in der Revisionsinstanz, *Deu tsche Juristen-Zeitung,* VIII, 286, que pensou em novo prazo, por haver no Código Civil alemão o *§* 212, alínea 2º, que não temos). E preciso que se não confunda a renúncia à ação e a desistência: a renúncia à ação é reconhecimento; a desistência da „ação" é quanto à relação jurídica processual. A impugnação, com eficácia de direito material, resiste àcessação da instância. O que se retirou foi a demanda, não a impugnação, exercício da pretensão à desconstituição da eficácia quanto ao marido. O efeito de impugnação, que tem a propositura, é de direito material, e *próprio* (não anexo). Tal como se dá, a respeito da prescrição, com o efeito da citação. Nos sistemas jurídicos *(e.g.,* o alemão, *§* 212, 2ª alínea), a que repugne a nova propositura, após a desistência, a qualquer tempo, tem o legislador de estabelecer novo prazo preclusivo, findo o qual a atitude do pai desistente se haja de interpretar como renúncia (sem razão, Th. Kipp, *Lehrbuch,* li, *2,* nota 28, que pensou em reconhecimento).

b) Os prazos preclusivos do art. 178, *§§* 3º e 4º, 1, não sofrem suspensão, nem interrupção. Só *Iex* specialis, existindo, pode ser invocada. Faz-se a impugnação por propositura de demanda de impugnação (exercício da ação de impugnação da afirmação de ser pai o marido), dirigida contra o filho; se o filho éincapaz, representa-o, ou assiste-o, o curador, ou tutor. Normalmente, nomeia-se curador, pois há colisão entre os interesses do titulàr do pátrio poder, autor, e os do apresentado como filho. A impugnação é eficaz ainda se incompetente o juízo, ou se foi decretada a nulidade do processo, ou se houve qualquer outra decisão, preclusa, que julgou o pleito com extinção do processo sem lhe decidir o mérito, uma vez que o art. 175 só se refere àinterrupção do prazo prescricional, e não aos prazos preclusivos, não interrompíveis. A nova propositura de demanda não tem mais caráter de impugnação; já houve a impugnação. A decisão que não julgou o mérito deixou incólume a pretensão desconstitutiva do pretenso pai, uma vez que, dentro do prazo preclusivo, foi feita a impugnação. Não há pensar-se em recontagem do prazo preclusivo.

(c) A eficácia da sentença favorável ao autor começa como trânsito em julgado; até aí a pessoa foi tida como filho do marido; dai em diante declara-se que não é filho dele, e desconstitui-se a eficácia oriunda do fato de ser filho da mulher do autor, nascido na vigência da sociedade conjugal. A averbação no registro civil (Lei nº

6.015, de 31 de dezembro de 1973, arts. 29, *§* 1º, b) *1ª* parte, e 102, 1ª) apenas firma, desde a data, a presunção de que os terceiros conhecem a sentença.

(d) O art. 178, *§ 3º* ou *§ 4º,* I não pode ser invocado se o pai propõe ação declaratória de extramatrimonialidade da filiação; porque, aí, a ação é imprescritível; ou o pretenso filho não nasceu nos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a sociedade conjugal, ou nasceu depois dos trezentos dias subseqUentes à dissolução da sociedade conjugal (art. 338, I e II).

(e) No direito anterior, a ação de impugnação da legitimidade pelo marido era imprescritível. O art. 178, *§ 3º,* fez a ação de impugnação sujeita ao prazo de dois meses, contados da presença do marido, porque se tem como fato conhecido por ele o registro do nascimento. Se esse registro ainda não foi feito, não corre o prazo, porque nascimento, no art. 178, *§* 3º, é o fato conforme o registro, salvo se o marido o conheceu antes, — o que tem de ser provado pela mulher O

marido que não vive no mesmo teto, nem tem relações sexuais com a mulher, como se estão separados os cônjuges, pode ignorar o nascimento, posto que presente. Os elementos do suporte fático do fato jurídico são a presença, o fato do nascimento e a afirmação da concepção na constância da sociedade conjugal, que possa ser impugnada. Não poderia ignorar o fato o marido ausente a quem a mulher, registrando o nascimento do filho, comunicou o nascimento, com recepção pelo marido. Ai o elemento da ausência é substituído. Mas o marido presente, a que foi ocultado o fato, não registrado, ou que nenhuma culpa teve em ignorá-lo, ainda pode impugnar (art. 178, *§* 4º, 1). De qualquer modo volta-se à investigação da ciência do fato. A mulher e o filho, ou seu curador, é que têm de provar o transcurso do prazo, a despeito da ausência. Se havia razão para o marido não crer na comunicação recebida, o ônus da prova lhe toca (sem razão, os que acham absolutamente sem influência a razão de crer ser falsa a notícia, como O. Warneyer, *Kommentar,* II, 747).

Se há questão sobre a data do nascimento do filho, por ter havido dissolução anterior da sociedade conjugal e se atribui, em sentença, trânsita em julgado, ao que estava em sociedade conjugal a filiação, seria injusto que se houvesse por esgotado o prazo para a pessoa a que não se atribuira antes (talvez haja, ate, o registro atribuindo a outrem) essa paternidade. O registro, atribuindo a outrem a paternidade, pelo *tempo* do nascimento, exclui que corra prazo contra o que seria o pai, se o tempo do nascimento fosse outro. O registro, que omite o nome do pai, opera contra o marido da mãe do registrado, ainda que se acrescente ser filho não -

concebido na constância da sociedade conjugal (O. Warneyer, *Kommentar,* II, 746). A ação é constitutiva negativa, no que se distingue da ação declarativa negativa de filiação, que pode ser proposta por todos os interessados, inclusive em reconvenção, ou como ponto prejudicial, incidentemente. O prazo da ação do art.

178, *§§* 3ºe I, é preclusivo. Daí poder ser declarado de ofício (O. Warneyer, Kommentar, II, 746; Clóvis Bevilacqua, *Código Civil comentado,* 1, 513).

(j) Prescreve em três meses, diz o *§4º*, 1, do art. 178, “a mesma ação do parágrafo anterior, se o marido se achava ausente, ou se ocultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo”. Já vimos que a comunicação recebida de ter nascido o filho, que se tem

por concebido na duração do casamento, destrói qualquer consequência da ausência, para excluir o transcurso do prazo que é, em todo o caso, o de três meses, por se ter a comunicação recebida, para o suporte fático, como se fora volta. Quanto à ocultação, não importa se está presente, ou não, o marido. Se se lhe ocultou, presente, ou ausente, é do conhecimento do fato que começa de correr o prazo.

De modo que, ainda presente, durante a ocultação, não há pensar-se em início do prazo preclusivo. Se ausente o marido, voltando, sem que tivesse tido conhecimento do fato, por lho terem ocultado, pode provar que o conhecimento foi posterior à volta, como, se desde o nascimento estivesse presente, o poderia. Se teve conhecimento antes da volta, tem três meses, contados desse conhecimento, e não da volta, para a propositura da ação dos arts. 338 e 3[aa].

(g) A lei fala em ter tido o pretenso pai conhecimento do fato. Não se inquire, objetivamente, se houve comunicação do fato, mas, subjetivamente, se ele conheceu o fato. As noticias inverossimeis, ou partidas de pessoas suspeitas de intriga, os temas de lago, não devem ser cridas, nem se há de exigir ao marido que repute falsa a comunicação da mulher de que o filho nasceu em maio se algum intrigante afirma que nasceu em março (art. 338, 1), ou de que nasceu em março tendo nascido em maio (art. 338, II). O ônus da prova de ter deixado correr, sem impugnação, o prazo, incumbe ao réu ou réus; não ao marido. A outra parte éque há de afirmar e provar em que momento teve o pretenso pai conhecimento do fato. Se a comunicação, que teve, foi de fonte segura e em termos de ser crida, não importam as dúvidas que sobre a exatidão delas tenha tido, se, em vez de as levantar, se conduziu como se não acreditasse na comunicação. Se não acreditou, de modo nenhum, na notícia, embora exata, não houve tomada de conhecimento (Th. Kipp, *Lehrbuch,* II, *1,* 18º-20~

ed., 291), de modo que não pode ser contado o prazo contra o ausente. Mas, aí, o ônus de afirmar e provar que não acreditou na notícia incumbe ao marido, — prova extremamente difícil, mas possível. Dúvidas subjetivas quanto à exatidão não influem (E Endemann, *Lehrbuch,* II, *2,* 8º-9º ed., 53ª; O. Warneyer, *Rommentar,* II, 747); nem basta afirmar-se e provar-se que o marido tinha razões para saber que o filho não era dele (e.g., éimpotente *generandi* o pai).

(h) Assaz importante, para a interpretação do art. 178, *§§* 3º e 4º, I, é saber-se o que nesses dois lugares se entende por "ausente". A *1ª* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 25 de outubro de 1943 *(RT*

147/700), entendeu que ausente é o que está fora do lar conjugal. *~Quid iuris,* se o pai, presente durante parte dos dois meses, se teve de ausentar? Tem o marido de afirmar e provar que, durante a sua presença, lhe ocultaram o nascimento, para que incida o art. 178, *§* 4º, 1, em vez do art. 178, *§* 3º Se esteve ausente em intervalo dos dois meses, pode provar a ocultação pelo menos durante esse lapso, para que, contado da volta ao lar conjugal, incida o art. 178, *§* 4º, 1, em vez do art. 178, *§* 3º

4.

Prazo de três meses (art. 178, 5º V, II). Prescreve em três meses, diz o art. 178, *§* 4º, II "a ação do pai, tutor ou curador para anular o casamento do filho, pupilo, ou curatelado, contraído sem o consentimento daqueles, nem o seu suprimento pelo juiz; contado o prazo do dia em que tiveram ciência do casamento (arts.

180, nº III, 183, nº XI, 209 a 213)". "Anular" está por propor a ação de nulidade ou a de anulação". Os demandados, que são o incapaz e o seu cônjuge, alegando a "prescrição", têm de dar a prova da ciência do casamento pelo autor. A prova, que qualquer deles fizer, do assentimento, ou do suprimento pelo juiz, é prova de objeção, e não de exceção.

O prazo do art. 178, *§* 4º,11, é preclusivo. Não é suscetível de suspensão, ou de interrupção. O ónus de afirmar e provar a preclusão é de quem a alega; mas o juiz corre o dever de declarála, de ofício (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de julho de 1942, *RT* 139/677).

O prazo conta-se da ciência (conhecimento) do ato de casamento pelo pai, mãe, tutor, ou curador, que teria de assentir. A propositura da ação de anulação contém ato jurídico processual e exercício da pretensão a desconstituir. Por isso mesmo, a desistência, fazendo cessar a relação jurídica processual, se entende com a ressalva de

posterior propositura, a que pode ser constrangido por *provoca* tio *ad agendum,* com a cominação de se entender renunciada a ação por se não propor no prazo marcado. A extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez que o art. 175 somente concerne à interrupção do prazo prescricional, não torna ineficaz, no plano do direito material concernente ao prazo preclusivo, a propositura da ação.

Tampouco, pode prejudicá-la a sentença que preclua sem decidir o mérito, ainda que se trate de decisão sobre incompetência do juízo.

5.

Art. 178, 5 *5º, 1.* O Decreto-Lei nº 4.549, de 30 de julho de 1942, art. 1º, estabeleceu: "A ação do cônjuge coato para anular o casamento prescreverá em dois anos contados da data da celebração." No art.

178, *§* 5º, 1, disse-se que prescreve em seis meses a ação do cônjuge coato para anular o casamento, contado o prazo do dia em que cessou a coação. Se interpretássemos que o Decreto-Lei nº 4.599 ab-rogou, e não somente derrogou o art. 178, *§* 5º, ~, teríamos a regra jurídica mais insensata que se poderia imaginar: a pessoa coagida estaria irremediavelmente casada se o coactor conseguisse prolongar por dois anos a coação.

Tal interpretação tornaria contrário à Constituição de 1988, como contrário a qualquer das Constituições anteriores, inclusive a de 1937, sob a qual se publicou, o Decreto-Lei nº 4.599. E contrária à Constituição regra legal que pré-excluiria a tal ponto a liberdade física e de psique. O crime de coação estaria apagado, absurdamente, somente porque chegou a atingir dois anos, isto é, porque se agravou; o cônjuge coacto não teria tido oportunidade de exercer a pretensão à desconstituição do casamento. A família passaria a poder-se fundar na violência. A única interpretação que pode salvar esse produto típico da ignorância ditatorial é a seguinte: o Decreto-Lei nº 4.599 apenas apanha os casos de violência punctual, isto é, para a cerimônia do casamento, ou até que essa termine:

então, afirmado e provado que a violência foi para se obter a celebração do casamento *(e.g.,* o cônjuge coactor viajou logo após), o prazo preclusivo é de dois anos, contados da celebração. Se a violência perdurou (violência lineal e duradoura), como se o coactor exigiu a ida à sua casa, ou a sua entrada na casa do coato, a prescrição é de seis meses, contados da cessação da coação. As questões de direito intertemporal que surgiram perderam, hoje, quase todo o interesse. O

Decreto-Lei nº 4.599, ainda com a interpretação que o salve perante a Constituição e os Direitos do Homem, não poderia alcançar os prazos, quaisquer, já consumados; donde ser lamentável o julgado da V Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 28 de março de 1944 *(RT* 154/106; ceda, a decisão do então juiz A. de Oliveira Lima, no Juízo de Direito de São Paulo, a 19

de novembro de 1943, 154/107).

A própria ratificação segundo os arts. 148 e 149 (cp. art. 211) somente vale se cessou a coação.

6.

Prazo de seis meses *(art. 178, 5 5º, II).* Prescreve em seis meses, diz o art. 178, *§* 5º, II, "a ação para anular o casamento do incapaz de consentir, promovida por este, quando se torne capaz, por seus representantes legais, ou pelos herdeiros; contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso, do casamento, no segundo, e, no terceiro, da morte do incapaz, quando esta ocorra durante a incapacidade" (art. 212). O prazo éprescricional, e não prazo preclusivo (cp. Clóvis Bevilacqua, *Código Civil comentado,* 1, 513). Idem, o do art. 178, *§* 5º, III, onde se diz que prescreve em seis meses "a ação para anular o casamento da menor de dezesseis e do menor de dezoito anos; contado o prazo do dia em que o menor perfez essa idade, se a ação for por ele movida, e da data do matrimônio, quando o for por seus representantes legais (art. 213 a 216), ou pelos parentes designados no art. 190".

A ação do art. 178, *§* 5ª, II, é a de anulação, ainda por incapacidade absoluta. Se o relativamente incapaz se casou, sem consentimento do titular do pátrio poder, tutor, ou curador, a decretação de anulação, por um desses promovida, no prazo do art. 178, *§* 4ª, Il, é de eficácia ex tunc, de modo que a eficácia anexa do suplemento de idade, no passado, pelo fato do casamento, ê atingida (cf. 4º Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 19 de junho de 1945, RF 103/474). Não assim, é claro, qualquer outro suplemento de idade.

Para se evitar *o bis in idem* entre o art. 178, *§* 5ª, II, e o art. 178, *§* 4ª, II, é atender-se, cuidadosamente, a que, quanto àquele, a ação é a que se funda nos arts. 209 e 183, IX, 2º parte: a anulação do casamento do embriagado pode ser pedida no prazo do art. 178, *§* 5ª, II; a do

relativamente incapaz há de ser no prazo do art. 178, *§* 4ª, li. A ação de anulação do casamento do louco tem a prescrição do art. 178, *§* 5ª, III. A surdo-mudez concerne o art. 178, *§* 5ª, II.

A desistência, sem renúncia à ação, não importa em apagamento da eficácia de direito material que tem a propositura como exercício da pretensão constitutiva negativa (mas a extinção do processo sem julgamento do mérito tira à citação interromper a prescrição); nem a sentença que ponha termo ao processo sem julgar o mérito. Proposta a ação, e por algum modo julgada sem decisão do mérito, há novo prazo de prescrição, se não prescreveu a ação (cp. 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de julho de 1941, *RT*

133/204).

O Código Civil, em extremo *favor matrimon* ii, considerou caso de anulabilidade, e não de nulidade, o casamento do absolutamente incapaz por idade (art. 5ª, 1): o art. 178, *§* 5ª, não, importa em exceção à regra jurídica do art. 145, 1, segundo o qual o ato jurídico praticado pelo absolutamente incapaz é nulo. No art.

178, *§* 5ª, III, as mulheres, de que se trata, são absolutamente incapazes, sem que seja nulo o casamento delas, e os varões o são, ainda se menores de dezesseis anos.

7. *Prazo de* seis meses. Prescreve em seis meses (art. 178, *§* 5ª, IV) "A ação para haver o abatimento do preço da coisa imóvel, recebida com vicio redibitório, ou para rescindir o contrato comutativo, e haver o preço pago, mais perdas e danos, contado o prazo da tradição da coisa." Prazo preclusivo, como o do art. 178, § 2º.

Cabem aqui as considerações feitas a propósito do art. 178, *§* 2º. Enquanto as ações edilícias precluem no prazo do art. 178, § 5ª, IV, em vinte anos prescreve a ação *ex empto* (Supremo Tribunal Federal, 23 de outubro de 193ª, *RT* 4ª1/238; 4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 27 de março de 1935,97/486, e de 5 de outubro de 1938, 118/666; 3ª Câmara, 14 de abril de 1943, 143/5ª9; 3ª Câmara do Tribunal de Justiç a de São Paulo, 23 de agosto de 1949, 185/708; 6º Câmara, 10 de dezembro de 1949, 185/198; sem razão, Tribunal de Justiça de São Paulo, 1º de dezembro de 1933, 92/416). No art. 1.136 dizse: "Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de

extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e não sendo isso possível, o de reclamar a rescisão do contrato ou abatimento proporcional do preço.

Não lhe cabe, porém, esse direito, se o imóvel foi vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões." No parágrafo único: "Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder a 1/ 20 da extensão total enunciada." A prescrição da ação do art. 1.136 é de vinte anos; não há a preclusão do art. 178, *§* 5ª, lv (Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 4 de dezembro de 1937, *RT* 114/764; 2º Câmara, 13 de abril de 1943, 145/224, 74 Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 5 de abril de 1949, *AI* 94/426), que incide se a pretensão é a haver a redibição, ou o abatimento no preço, por outro fundamento que a diferença de área. Não incide o art. 178, *§* 5º, IV, se o contrato foi condicional de experimentação do terreno, canalizabilidade, ou outra qualidade (5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 4 de dezembro de 1935, *RT* 107/564). O

acórdão da 4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 27 de março de 1935 *(RT* 97/ 480), disse não ser de invocar-se o art. 1.136, mas o art. 1.101 ou 1.105, se há falta de pés de eucalipto enumerados no contrato de venda e compra; de. jeito que haveria a preclusão segundo o art. 178, *§* 5ª, IV. Mas está errado: aí, a ação é a actio *empti,* por adimplemento não-satisfatório, que prescreve em vinte anos. Trata-se de institutos diferentes, historicamente submetidos a diferentes sortes das pretensões. Cumpre não as confundir.

Tampouco se pode pensar no prazo preclusivo do art. 178, *§* 5º, IV, se o autor pede indenização por inobservância de planos, ou falhas em construção de edificio (arts. 1.242-1.246), pois, aí, há prescrição e éde vinte anos (3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande

do Sul, 10 de outubro de 1946, *J* 28/63ª). Se o vendedor tem ação contra o comprador (e.g., por erro), o art.

178, *§* 5ª,IV, não incide (3ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 13 de novembro de 1936, *RT*

105/651).

O prazo é contado da entrega do imóvel (Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agosto de 1928, R *U*

67/305), pois desde esse momento tem o adquirente a oportunidade de examiná-lo com todo o cuidado. Se o registro (o contrato comutativo, observe-se, pode não ter sido venda e compra) foi anterior à entrega, é da entrega que se conta o prazo preclusivo; se posterior, ou porque assim se dispôs, ou porque o outorgante se tenha recusado à imissão na posse, o prazo somente se conta do momento em que a entrega se deu, ou em que o outorgado foi imitido na posse (sob Código de Processo Civil de 1939, arts. 381-383).

Se a venda e compra se referia ao imóvel A, e foi entregue o imóvel B (que hoje tem o número daquele, na mesma rua), o art. 178, *§* 5ª, IV, não incide, ainda que já se haja feito o registro.

8. *Prazo* de seis meses *(art. 178, §* 5ª, 14. Prescreve em seis meses (art. 178, *§* 5ª, V) "a ação dos hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de víveres destinados ao consumo no próprio estabelecimento, pelo preço da hospedagem ou dos alimentos fornecidos; contado o prazo do último pagamento". Prazo prescricional.

Os hospedeiros, estalajadeiros ou fornecedores de víveres, destinados a consumo no próprio estabelecimento, têm ação pelo preço, contado o prazo do último pagamento. Tais credores podem tomar coisas em penhor legal, que se há de homologar (arts. 776-780). Homologado o penhor, a citação feita segundo o art. 780

interrompe a prescrição da pretensão pessoal (art. 178, *§* 5ª, com a incidência do art. 173. Enquanto não há a homologação, a contagem do prazo de prescrição recomeça após cada "último" ato, para o crédito pessoal; após a homologação, a ação pessoal prescreve nos seis meses do art. 178, *§* 5ª, V, se bem que a ação pignoratícia só prescreveria em dez anos, entre presentes, e quinze entre ausentes. Por isso, e não pela argumentação que se lançou, não é de conceder-se reintegração de posse contra o hoteleiro, que, obtida a homologação do penhor, deixou decorressem seis meses sem exigir o penhor (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de maio de 1942); aliás, prescrita a ação pignoraticia, teria o devedor de pedir a declaração da prescrição (declaração de encobrimento de eficácia), isto é, exercer a exceção peremptória por meio de ação, cumulando-se o pedido de restituição do penhor. A simples prescrição da pretensão

pessoal não daria direito a isso, porque as pretensões prescritas são suscetíveis de garantia pignoraticia. Não se pense em ação ludicati oriunda da sentença de homologação: trata-se de simples decisão integrativa do empenhamento compulsório ou legal. A eficácia executiva (Código de Processo Civil, art. 585,111, 2º parte) irradia-se do empenhamento, voluntário ou compulsório (penhor legal), e não da decisão de homologação, que não é condenatória, nem tem eficácia executiva própria.

§ 707. Prazos de um ano

1. O *prazo do art. 178, § 6º, 1.* Prescreve em um ano (art. 178, § 6º, 1) "a ação do doador para revogar a doação; contado o prazo do dia em que souber do fato, que o autoriza a revogá-la (arts. 1.181 a 1.187)". Não se trata de ação de nulidade, ou de anulação; nem de rescisão. O fato da ingratidão, fato ilícito relativo, gera a faculdade de revogação; dessa, provém obrigação, para o donatário restituir o que se recebera. Voz doou; retira-se a voz, porque a lei, que apontou os casos, o permite. O fato ilícito relativo *mais* o pedido de revogação, — tal o suporte fático da sentença destruidora dele, que se pusera em lugar da declaração revocativa. Após ela, o que permanece com o donatário permanece *sine causa.* A ação prescreve em um ano (art. 1.181): "A revogação por qualquer desses motivos", isto é, os do art. 1.183, "pleitear-se-á", diz o art.

1.184, "dentro em um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato, que a autorizar (art.

178, *§* 6º, nº 1)." Ano concreto (Lei nº 810, art. 1º).

As fontes falam de *revocari posse donahones,* o que mostra tratar-se de faculdade, aptidão fora do mundo jurídico, e não de direito de revogar Tal como em *revocare rnandaturn, revocari turamentum delatum.*

Retira-se a voz. Na L. 1, *§* 3, C., *de reuocandis* donationibus, 8, 55, aparece *retractare donatíonern;* na L. 10,

§ 1, *evertere donationern;* e até rescindere, na L. 5. Verdade é, porém, que o termo próprio era *revocare;* porque as doações eram,

primitivamente, revogáveis, e a lei sobre as revogações teve por fito taxar as espécies em que permanecia a revogabilidade.

O prazo do art. 178, *§* 6º, 1, é de prescrição. A ação, de que se trate, é qualquer ação referida nos arts. 1.181-1.186, porém a referência ao art. 1.181, que se faz no art. 178, *§* 6º, 1, há de ser entendida como feita às doações que o art. 1.181 considera revogáveis, fora da revogabilidade por ingratidão. A ação, que prescreve no prazo do art. 178, *§* 6º, 1, não é só a revocatória de doação por ingratidão, assunto apenas dos arts. 1.183-1.187, é também a de revogação por inexecução do encargo (art. 1.181, parágrafo único). Sem razão, o acórdão da Code de Apelação do Distrito Federal, a 10 de maio de 1926, confirmado a 23 de dezembro do mesmo ano *(RD* 83/532). No art. 1.181, refere-se a lei à revogabilidade da declaração de vontade e à revogação por ingratidão, mas a primeira espécie não é de pretensão, é de faculdade, ainda se passa no mundo fático, ou, pelo menos, foi afastado, *in* casu, o efeito mínimo (vinculativo). O art. 1.181, parágrafo único, concerne à revogação por inadimplemento do encargo, ou *modus,* para se evitar a terminologia concernente aos contratos bilaterais (resolução, resilição). Já os arts. 1.182-1.187 só se referem à revogação por ingratidão, para que se pré-exclua a renúncia à revogabilidade por ingratidão, antes de essa ocorrer (art.

1.182), para se enumerarem os fatos que fazem revogáveis as doações por ingratidão (art. 1.183), para se explicitar, superfluamente embora, a regra jurídica do art. 178, *§* 6º, 1, para se estabelecer a intransmissibilidade da pretensão revocatória não exercida (art. 1.185), para se prover quanto aos frutos (art.

1.186) e para se enumerarem as doações que não são revogáveis por ingratidão, ainda que se dê algum dos fatos referidos no art. 1.187.

A doação onerosa pode ser revogada por inexecução do encargo: o prazo prescrícional é o do art. 178, *§* 6º, 1, porém começa de correr, desde que houve a infração contratual, se

prazo marcado; se não há prazo marcado, desde que houve a interpelação judicial, por se entender que o art.

960 não incide na espécie e a interpelação é prova do conhecimento do fato pelo doador (5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 22 de setembro de 1938, *RT* 117/136; 4ª Câmara, 8 de fevereiro de 1939, 119/170).

O prazo do art. 178, *§* 6º, 1, de modo nenhum se refere às decretações de nulidade (2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 3 de junho de 1947, *RT* 169/158), nem às anulações. A doação a causa de mode, inconfundível com a doação para transferência quando morrer o doador, ou outrem, é disposição de última vontade; portanto, sempre revogável. Não há qualquer prazo. As ações de decretação de nulidade são imprescritíveis.

2. O *prazo do art. 178, 5 6º, II.* Prescreve em um ano, diz o art. 178, *§* 6º, II, "a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no pais; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato (art. 178, *§* 7º, nº V)". Em dois anos, estatui o art. 178, *§* 7º, V,

"a ação do segurado contra o segurador e, vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar fora do Brasil; contado o prazo do dia em que desse fato soube o interessado (art. 178, *§* 6º, II)". Ambos são prazos prescricionais. O excipiente é que tem o ônus de provar que o conhecimento do fato foi anterior, respectivamente, a um ano, ou a dois anos. São, por exemplo, ações do segurado sujeitas aos prazos do art.

178, *§§* 6º, II e 79, V, a ação para receber o seguro (art. 1.458), e a ação para haver o que não foi pago com o seguro (e.g., prejuízos resultantes de atos para minorar o dano, art. 1.461); e as ações do segurador para haver o prêmio (art. 1.4ª9); as ações contra o sucessor ou representante do segurado, e as ações oriundas de ato ilícito relativo do segurado *(e.g.,* arts. 1.45ª-1.457). Ano concreto (Lei nº 810, art. 19.

O prazo é de prescrição. As regras jurídicas sobre suspensão e interrupção incidem (5ª Câmara de Apelação do Distrito Federal, 6 de julho de 1939, *RT* 122/317). A ação, que prescreve no prazo do art. 178, *§* 6º, II, é somente a ação do segurado contra o segurador, ou desse contra aquele (2º Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 24 de outubro de 1949 *RF* 132/171). Não se refere o art. 178, *§* 6º, II, às ações do beneficiário, em vidude da estipulação a favor de terceiro (1º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 4 de abril de 1946, *RT* 163/343; sem razão, a 4º Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de fevereiro de 1943, *RT* 148/708, fundada em analogia descabida de que lançou mão, contra os princípios de interpretação das regras jurídicas sobre prescrição, e em

L. 5. E Carpenter, *Manual,* IV, 439). Clóvis Bevilacqua *(Pareceres,* 1, 117) incorreu na mesma sem cerimônia com o texto legal, tão claro e tão diferente do Projeto primitivo (arts. 1.571 e 1.572); dando ensejo a que o seguisse, com argumentos que não convencem, o Tribunal de Apelação de São Paulo, a 9 de março de 1938 *(AJ* 46/370; *RF* 75/129, *RT* 117/233), corrigindo-se depois, a 16 de novembro de 1938, em excelente julgado do Desembargador Cunha Cintra *(AJ* 46/337; *RT*

120/184).

Tratando-se de seguro pela responsabilzação do segurado, a jurisprudência tem assente que o prazo somente se conta da data em que poderia ser proposta a ação contra o segurador: se houve reconhecimento da responsabilidade, pelo segurado, desde esse dia; se não houve, desde o dia da declaração judicial de tal responsabilidade, ou, *a fortio ri,* da condenação (1º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 5 de agosto de 1947, *RT* 169/589; 3ª Câmara, 6 de setembro de 1949, 182/756).

Inclusive, se a indenização é por acidente no trabalho (2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 4 de março de 1947, *RT* 166/738).

No direito comercial, sim, "as ações, resultantes das letras de dinheiro a risco ou seguro marítimo prescrevem no fim de um ano, a contar do dia em que as obrigações forem exeqüíveis", se contraidas dentro do país, "e no fim de três, tendo sido contraídas em país estrangeiro" (Código Comercial, arts. 447, 638, 660 e 667, nº 9 e 10). O art. 1.454 do Código Civil gera ação e exceção, bem assim o art. 1.455. Por isso mesmo que geram exceção, se a ação prescreve, por ter o segurador conhecido o agravamento efetivo (art. 1.459) ou apenas provável (art. 1.455), nem por isso está ele privado da exceção (sem razão, L. E 5. Carpenter, *Manual,* IV, 4ª1). A exceção, aí, não acaba, por ser independente.

3. Os *prazos* do *art. 178, 5 6º, III e IV.* Prescreve em um ano, lê-se no art. 178, *§* 6º, III, "a ação do filho, para desobrigar e reivindicar os imóveis de sua propriedade, alienados ou gravados pelo pai fora dos casos expressamente legais; contado o prazo do dia em que chegar à maioridade (arts. 386 e 388, nº 1)". O *§* 6º, IV, acrescenta: "A ação dos herdeiros do filho, no caso do número anterior, contando-se o prazo do dia do falecimento, se o filho morreu menor, e bem assim a do seu representante legal, se o pai decaiu do pátrio poder, correndo o prazo

da data em que houver decaido (arts. 386 e 388, nº II e III).“ São ações de anulação, cumuladas com a de reivindicação e a de cancelamento do registro de transmissão, ou com o cancelamento do registro da hipoteca ou outro direito real. O início do prazo é dado pela maioridade, pelo falecimento do menor ou pela destituição ou suspensão do pátrio poder. A ação para a anulação dos atos jurídicos em que foi figurante o menor sob tutela, ou curatela, tem outro prazo prescricional (art. 178, *§* 99, V, c). A prescrição da ação para ataques aos atos dos curadores e tutores rege-se pelo art. 177. Ano concreto (Lei nº 810, art. 1º).

Quanto às ações, a que se refere o art. 178, *§* 6º, III, são elas as do art. 386, a cuja legitimação ativa se refere o art. 388, 1. Tem-se, porém, de ver quais as sanções do art. 386. Infringe o art. 386 o titular do pátrio poder (não só o pai, como diz o art. 178, *§* 6º, III; pode ser a mãe) que: a) aliena o bem imóvel do filho, sem prévia autorização judicial; *b)* hipoteca, ou por outro modo grava o bem imóvel do filho, sem prévia autorização judicial; *c)* contrai obrigação fora dos limites da simples administração sem autorização judicial; *d)* aliena bem imóvel do filho, com autorização judicial, sem haver necessidade, ou evidente utilidade do filho; *e)*

hipoteca, ou grava, por outro modo, bem imóvel do filho, com autorização judicial, sem haver necessidade, ou evidente utilidade do filho; f) contrai obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, com autorização judicial, sem haver necessidade, ou evidente utilidade do filho. Se não houve a autorização judicial, o ato é nulo (art. 145,1V, *verbis* “alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade”, e 386, *verbis* “não podem”). De modo que o art. 178, *§* 6º, III, não concerne às espécies a), *b)* e c).

A respeito, confira-se o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de maio de 1933 *(RT* 87/336); sem razão, a 5º Câmara, 4 de dezembro de 1935 (100/178). E só impugnável o ato nas espécies *d)* e *e).* A essas é que se refere o art. 178, *§* 6º, III. Quanto a *19,* não aludiu às obrigações o art. 178, *§* 6º, III. Tampouco o art.

178, *§* 6º, III, pode ser invocado a respeito de alienações ou gravames feitos pelo titular do pátrio poder como se o bem fosse seu, e não do filho (5º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 4 de dezembro de 1935, *RT* 100/178, V Câmara, 17 de setembro de 1937, 110/682), ainda que por erro ou dolo (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de maio de 1943, 145/78), ou se ainda estava, no

registro, em nome do titular do pátrio poder (1º Câmara, 28 de setembro de 1948, 177/766), ou do outro cônjuge, ou do casal. Em todos esses casos, a venda é *ineficaz,* é feita pelo não-dono. Não há prescrição da ação, que é declarativa da inexistência da eficácia. O que pode dar-se é a prescrição da ação de reivindicaçáo, ou usucapião pelo adquirente, ou aquisição pelo terceiro que já adquiriu do adquirente, ou de outro.

Maioridade, no art. 178, *§ 6º,* III, está em vez de "capacidade" (e.g., se houve suplemento de idade; 4º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 18 de setembro de 1941, *RT* 138/ 57 1).

A ação dos herdeiros do filho é regida pelo art. 178, *§* 6º, IV, que diz prescrever em um ano "a ação dos herdeiros do filho, no caso do número anterior, contando-se o prazo do dia do falecimento, se o filho morreu menor, e bem assim a de seu representante legal, se o pai decaiu do pátrio poder, correndo o prazo da data em que houver decaido". Se ainda incapaz ao falecer, o prazo começa do falecimento do filho; se já capaz ao tempo do falecimento, sem ter corrido o prazo do art. 178, *§* 6t III, os herdeiros têm o resto. Não há curso do prazo contra o incapaz por loucura, ou surdo-mudez, trate-se do filho, ou do herdeiro; nem corre o prazo contra o herdeiro que se acha numa das espécies do art. 169. Se o ato do pai foi nulo, ou ineficaz, conforme distinguimos a respeito do art. 178, *§* 6º, III, não há curso de prescrição da ação constitutiva negativa, e a prescrição da ação de reivindicação é a ordinária.

4. *Prazo* do *art. 178, §* 6º, *V.* Prescreve, segundo o art. 178, § 6º, V, em um ano "a ação de nulidade de partilha; contado o prazo da data em que a sentença da partilha passou em julgado (art. 1.805)". O art. 1.805

estatuiu: "A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos (art. 178, *§* 6º)." Cumpre que se não confundam: *a)* a ação rescisória da sentença de partilha que se rege pelo art. 405 do Código de 1973 (dois anos); *à)* a ação de nulidade da partilha, *e.g.,* da partilha feita por menor de dezesseis anos, ação imprescritível; c) a ação de anulação, que é aquela a que se refere, e só a ela se refere, o art. 178, *§* 6º, V. Quanto ao art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1939,

veja-se o que escrevemos nos correspondetes Comentários (IV, 575/584). O prazo do art. 178, *§* 6º, V, suspende-se e interrompe-se, eficazmente, para além de dois anos (prazo da ação rescisória), se só homologatória a sentença de partilha; se judicial a partilha mesma, não se pode interromper ou suspender, eficazmente, a prescrição de um ano além dos dois anos da ação rescisória de sentença.

Quem não foi parte no ato de partilha não está sujeito à prescrição do art. 178, *§* 6º, V (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de julho de 1942, RT 145/357). Idem, se houve adjudicação, sem ter havido partilha, e a pessoa não foi parte (Supremo Tribunal Federal, 8 de setembro de 1942, DJ de 4 de fevereiro de 1943, 663).

Mas a alegação de simulação, causa de anulabilidade, não escapa ao prazo do art. 178, *§* 6º V (4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de março de 1941, *RT* 131/563; sem razão, Supremo Tribunal Federal, 17 de setembro de 1942, *DJ* de 6 de fevereiro de 1943, 720). Não foi parte o que figurou por falso procurador, ou como cessionário, por negócio jurídico inexistente, ou nulo; de jeito que o art. 178, *§* 6º, V, não pode ser, em tais espécies, invocado (Supremo Tribunal Federal, 29 de dezembro de 1942, *DJ* de 3 de abril de 1943, 1.702).

A prescrição do art. 178, *§* 6º, V, só se refere à ação de anulabilidade (art. 1.805), não à de nulidade (Corte de Apelação do Distrito Federal, 6 de maio de 1936, *AJ* lX, 291; sem razão, 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de abril de 1944, *RT* 155/670), nem às diferentes causas de ação rescisória de sentença (Seção Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de julho de 1942, *RT* 14ª/626, *e.g., quaestio turis,* em que se argúiu violação de lei, 5ª Câmara do Tribunal de Apelação, do Distrito Federal, 15 de junho de 1945, *RF* 103/474; nulidade do processo, Tribunal de Apelação de Goiás, 18 de outubro de 1945, *RT* 160/8 1 1).

Para quem não foi parte, a prescrição é de vinte anos (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 4 de outubro de 1946, *RT* 181/878). A ação de partilha *(Jamiliae* erciscundae), essa, é imprescritível (1º

Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de fevereiro de 1943, *RT* 150/283). A ação de petição de herança prescreve em vinte anos (2º Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 3 de maio de 1949, *PJ* 50/

161). Grave confusão fez o acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 22 de novembro de 1943 *(RT* 148/ 267), chamando ação de partilha, que é imprescritível, à ação de petição de herança. Mais graves ainda as confusões entre nulidade de sentença de partilha e pretensão à rescisão da sentença, que se encontram em alguns acórdãos *(e.g.,* 2º Câmara, 17 de julho de 1945, 158/617, 4ª Câmara, 19 de julho de 1945, 157/65ª). Outras vezes, entre ação de petição de herança e nulidade de partilha (e.g., 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de março de 1947, *RT* 167/701; 6º Câmara, 28 de janeiro de 194ª, 179/217, que chegou ao absurdo de aplicar o art. 178, *§* 10, VIII).

Se o vício ou defeito foi na divisão geodésica dos quinhões hereditários, o prazo somente se conta da sentença que julgou a divisão (no Código de Processo Civil de 1939, art. 516; cf. o acórdão da 1º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 22 de janeiro de 1946, *BJ* 37/227). Idem, quanto às sobrepartilhas (Código de Processo Civil, art. 1.040,III e parágrafo único).

A ação de *nulidade da sentença* de partilha é imprescritível. A de *nulidade da partilha,* também (sem razão, 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de dezembro de 1931, *RT* 81/358, e 4º Câmara, 1º de abril de 1936, 125/175).

A 4ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, a 4 de dezembro de 1935 *(RT* 107/203), julgou que, tendo havido recurso, sem dele se haver tomado conhecimento, o prazo do art. 178, § 6º, V, somente começa a correr do trânsito em julgado da decisão na instância superior, o que não está cedo. Os atos processuais em que se argúi o vício ou defeito interrompem; mas o prazo começa de correr com o trânsito em julgado da sentença:

o art. 178, *§* 6º, V, foi explicito. Se não tomou conhecimento, não *houve* extensão do tempo: a sentença passou em julgado.

O art. 178, *§* 6º, V, nada tem com as padilhas em separação judicial (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de novembro de 1943, *RT* 151/162; 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de dezembro de 1948, 178/172, e 21 de abril de 1949, 180/558); só se refere às partilhas regidas pelo direito das sucessões.

Quanto à partilha amigável lavrada por escritura pública, reduzida a termo nos autos da ação de inventário-partilha, ou constante de instrumento particular homologado pelo juiz, pode-se dar sua anulabilidade por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de pessoa incapaz. O prazo de prescrição é ânuo, e conta-se segundo o que as regras jurídicas heterotôpicas do Código de Processo Civil, art. 1.029, parágrafo único, estatuem: I - no caso de coação, do dia em que ela cessou; II - no de erro ou dolo, do dia em que se reali7ou o ato; III - quanto ao incapaz,do dia em que cessar a incapacidade.

Sobre o assunto, em geral, das sentenças homologarórias, adiante, *§* 717.

5. *Prazo do art. 1 78, 6º, VII.* Prescreve em um ano, diz o art. 178, *§* 6º: "VII. A ação dos donos de casa de pensão, educação, ou ensino, pelas prestações dos seus pensionistas, alunos ou aprendizes; contado o prazo do vencimento de cada uma." O prazo é curto, como os do Código Comercial, arts. 447, *in fine,* e 446, 1ª e 2ª

alíneas.

Escapa ao art. 178, *§* 6º, VII, a pretensão ao pagamento da divida de hospitalização, pois incide o art. 177 (5º

Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30 de junho de 1942, *RT* 141/723).

6. *Prazos do art. 178, §* 6º, VI, VIII, *IX* e X. Prescreve em um ano conforme o art. 178, *§* 6º: „VI. A ação dos professores, mestres ou repetidores de ciência, literatura, ou arte, pelas lições que derem, pagáveis por períodos não excedentes a um mês; contado o prazo do termo de cada período vencido." "VIII. A ação dos tabeliães e outros oficiais do juízo, porteiros do auditório e escrivães, pelas custas dos atos que praticarem; contado o prazo da data daqueles por que elas se deverem." "IX. A ação dos médicos, cirurgiões ou farmacêuticos, por suas visitas, operações ou medicamentos; contado o prazo da data do último serviço prestado." (O Decreto-Lei nº 7.961, de 18 de setembro de 1945, art. 15, estatuía: "A ação de cobrança de honorários médicos prescreverá no prazo de cinco anos, contados da data da prestação do último serviço".

Foi revogado pela Lei nº 536, de 14 de dezembro de 1948, enquanto a Lei nº 2.923, de 21 de outubro de 1956, revigorou o art. IX, do *§* 6º, do art. 178, da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.) Em médicos estão incluídos os cirurgiões, microscopistas, ou radiologistas, dentistas, psicanalistas, pedicuros-médicos, especialistas em exames toxicológicos etc. "X. A ação dos advogados, solicitadores, curadores, peritos e procuradores judiciais, para o pagamento de seus honorários; contado o prazo do vencimento do contrato, da decisão final do processo, ou da revogação do mandato." E o art. 178, *§* 7º, III, estabelece que prescreve em dois anos: "A ação dos professores, mestres e repetidores de ciência, literatura ou arte, cujos honorários sejam estipulados em prestações correspondentes a períodos maiores de um mês; contado o prazo do vencimento da última prestação" (cf. acima, *§* 6º, VI).

(a) O art. 178, *§* 6º, VI, apanha as pretensões contra as entidades de direito público (União, Estados Federados, Territórios, Distrito Federal e Municípios) ou as entidades que gozem de lei especial de prescrição de dividas passivas, ainda que se trate de aulas extraordinárias (cp. 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 5 de agosto de 1944, *RT* 131/219), ou dadas por contratados, em tais entidades. Veja *(b)*.

As cláusulas contratuais que estabeleçam maior prazo interpretam-se como cláusulas de prazo para vencimento. Após ele, corre o prazo do art. 178, *§* 6º, VI.

(b) A prescrição do art. 178, *§* 6º, VIII, nada tem com as custas devidas à parte, que as adiantou, ou as tem de reaver, por ter sido vencedora (Supremo Tribunal Federal, 27 de dezembro de 1933, *íSTF* 17/445, 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 28 de novembro de 1938, 1º 118/145); nem as pagas pelo advogado, se as tinha de pagar o cliente (Corte de Apelação do Distrito Federal, 25 dc maio de 1933, *RD* 109/314; RF

42/ 96), ou qualquer terceiro (3º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 22 de novembro de 1935, 105/516). Em qualquer dessas espécies, o prazo é de vinte anos (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de novembro de 1937, RT 113/111; Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15 de agosto de 1938, 132/686; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de março de 1943, 145/119; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 13 de junho de 1944, 151/274). Se algum bem foi separado para

pagamento das custas *(e.g.,* Código de Processo Civil, art. 1.017, *§* 39, entende-se que o último ato no processo da alienação para pagamento interrompe a prescrição da ação; porém, se houve separação em virtude de decisão ou seguida de tal decisão, entende-se que houve atribuição e, pois, pagamento: a prescrição é a ordinária (cf. 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de outubro de 1946, EU 166/677).

Apanha as custas devidas pelas entidades de direito público, a que se referem o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e o Decreto-Lei nº 4.5ª7, de 19 de agosto de 1942, art. 2º, referente às autarquias e entidades e órgãos paraestatais, aí mencionados, porque o art. 10 do Decreto nº 20.910 disse que as regras jurídicas nele insertas não alterariam "as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos" (2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 26 de novembro de 1946, *J* 30/4ª).

(c)

Os hospitais e clínicas não estão sujeitos ao prazo do art. 178, *§* 6º, IX (2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de abril de 1944, *RF* 104/61); salvo se em serviço particular de uma ou mais pessoas físicas, que prestem os serviços (clínica pessoal), ou se prestados diretamente por pessoa física, a que caiba a pretensão.

No tocante a farmácias, ou drogarias, não cabe distinguiremse pessoas físicas e pessoas jurídicas (2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 31 de agosto de 1945). Naturalmente, escapam ao art. 178, *§* 6º, IX, os fornecimentos de farmácias, ou drogarias, a outras farmácias, ou drogarias, ou a hospitais, a médicos ou laboratórios, e a cirurgiões.

a)

A ação há de ser por ciência médica, ou cirúrgica, ou por consumo de medicamentos. Havendo continuidade da cliência, ou do fornecimento *(e.g.,* tantas injeções para serem aplicadas de quinze em quinze dias, ou de três em três dias, de acordo com a receita), nem o serviço médico nem o cirúrgico, nem o fornecimento se fraciona para contagem do prazo (6º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de janeiro de 1950, 1º 185/ 196). Se o serviço médico é contínuo, devido a unidade da moléstia, o prazo somente começa a correr de quando teria de ser apresentada a conta; se falece o cliente, da data do falecimento (2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 22

de setembro de 1939, RT 125/191).

b)

Se os honorários médicos, ou cirúrgicos, ou os fornecimentos de farmácia são descontados em folha de pagamento do Estado, ou de entidade cujas dividas passivas tenham prazo especial de prescrição, esse prazo, e nao o da ação de honorários, éque se há de contar (1º Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 25 de setembro de 1947, *RT* 180/846): porque aí se cobra ao Estado, que assumiu a dívida. Se quem assumiu, por novação, a dívida do art. 178, *§* 6º, .X, foi particular, a prescrição é de trinta anos (2º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 23 de julho de 1937, RT 108/704). *Aliter,* se a assumiu originariamente; *e.g.,* se A autorizou a prestar as serviços a B.

O art. 178, *§* 6º, IX, não se refere à ação dos enfermeiros, que terão o prazo comum de prescrição (3º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de março de 1945, *RT* 156/25ª), nem a dos tomadores de sangue para exame, ou encarregados de outras captações de material para estudo e relato.

d)

No art. 178, *§* 6º, X, diz-se que o prazo de um ano, que é de prescrição, se conta do vencimento do contrato, ou da revogação do mandato, ou da decisão. Tais regras jurídicas, no que respeita à pretensão a honorários advocatícios, foram derrogadas pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que no art. 25 estatui:

"Prescreve em 5 (cinco) anos a ação de cobrança de honorários de advogado, contado o prazo: 1 - do vencimento do contrato, se houver; II - do trânsito em julgado da decisão que os fixar; III - da ultimação do serviço extrajudicial; IV - da desistência ou transação; V - da renúncia ou revogação do mandato." Se o profissional falece, a ação do profissional somente nasce no dia da morte quando, pelo contrato, não há quem substitua o profissional, nem se supóe que outrem se haja de contratar para terminar o serviço; porém tal ação não mais nasce ao advogado, curador, perito ou procurador judicial; nasce aos herdeiros, e a regra jurídica não cogitou da ação nascida aos herdeiros. Se o que prestou os serviços morre após o vencimento do contrato, ou após a decisão final do processo, ou após a ultimação do serviço extrajudicial, ou após a "renúncia ou revogação do mandato", já se tendo iniciado o processo, a ação transmite-se aos herdeiros. Se, porém, morre, antes disso, o que prestou os serviços, — não: não se cogitou de ação dos herdeiros; e, *ex hypothesi,* a morte do que prestou os serviços nem é vencimento do contrato, nem revogação (2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 10 de dezembro de 1948, *AJ* 93/ 33; sem razão, o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 13 de junho de 1938, *RT* 119/313). Também ação não nasce ao que prestou os serviços, pelo fato da morte da parte (3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de março de 1948, *RT* 173/ 622), salvo se ela implica vencimento do contrato, à que raro se dá. Só a revogação do mandato, negócio jurídico unilateral do mandante, ou a renúncia do mandato, negócio jurídico unilateral do mandatário, faz nascer a ação do que estava prestando serviços; não outra causa de cessação do mandato, se não entra nos conceitos de *vencimento* do contrato de serviços, ou de decisão final do processo que fixa a honorária, ou ultimação do serviço extrajudicial.

Diversamente da Lei nº 8.906, art. 25, *e.g.* nº III, o art. 178, *§* 6º, X, só se referiu a serviços dos advogados e solicitadores —cujo quadro foi extinto pela Lei nº 4.215, de 24 de abril de 1963, art. 155 —, prestados *em juízo,* dos curadores prestados *em* juízo, dos peritos *judiciais* e dos procuradores *judiciais:* o adjetivo "judiciais" atingia a advogados, solicitadores, curadores, peritos e procuradores, e não só a procuradores (1º

Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 15 de março de 1939, *RT* 127/ 260; do Rio de Janeiro, 8

de fevereiro de 193ª, 15ª/317; Tribunal de Apelação de São Paulo, 9 de março de 1945, 157/784, sem razão, Câmara, a 3 de abril de 1944, 127/13ª, e a Câmara, 17 de setembro de 1941, 137/5ª). Estavam, pois, fora do alcance da regra jurídica do art. 178, *§* 6º, X, mas não do art. 25, as ações por serviços prestados somente perante representações públicas administrativas (2ªCâmara, 27 de agosto de 1944, 132/165; sem razão, 5º

Câmara do Tribuna! de Apelação do Distrito Federal, 30 de janeiro de 1938, *AJ* 57/501). Se o serviço há de ser prestado, necessária ou utilmente, em juízo e fora dele, tem-se como serviço em processo judicial. Não importa se há contrato escrito, ou não (5º Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 25 de julho de 1935, *AJ* 36/430). Se foi constituído novo mandato, a revogação somente é eficaz com a *comunicação* ao anterior mandatário: somente dessa data se conta o prazo de prescrição (art. 1.319; Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 11 de novembro de 1938, *RT* 125/196, porém não épreciso que haja intimação judicial). Os que são chamados a atos de perícia (sejam oficiais, ou não), como engenheiros, agrimensores, químicos, entram na classe de peritos judiciais, e o art. 178, *§* 6º, X, incide sobre as suas ações (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de fevereiro de 1944, RT 128/471; sem razão, a 2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 27 de maio de 1944, 129/322). Se terminou com o trânsito em julgado da decisão no feito, qualquer que seja o processo, começa de correr o prazo, sem ser preciso intimação do advogado (3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de agosto de 1933, 1º 89/299). Não importa se não houve recurso (2º Câmara, 21 de agosto de 1936, 104/233, e 109/25ª). Se os honorários foram levados à conta de outrem, a prescrição fora concebida, sob o art. 178, *§* 6º, X, como ordinária (4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de abril de 1945, *RT* 163/190, caso em que a outra parte já os pagara; JA Câmara, 9 de novembro de 1942, 141/683, caso de honorários a cargo do autor, por ter havido extinção do processo sem julgamento do mérito). Idem, se tivesse havido separação de bem para pagamento, depois ou seguida de decisão que deferira o pedido (4º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de outubro de 1946, *RT* 166/677).

A ação *iudicati,* que é eficácia da ação de condenação por honorários, só prescreve no prazo ordinário (sem razão, 1º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 18 de outubro de 1949, *RT* 184/92).

Se o que prestou os serviços denunciou o contrato, o prazo de prescrição começa a correr do dia da notificação ao que os recebeu (2º Câmara, 29 de outubro de 1946, 166/251).

Se houve acordo entre as partes na execução contra aquele a que se prestaram os serviços, último ato do processo é o cancelamento do registro da penhora (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 14 de maio de 1945, 15ª/723). Se o advogado ou procurador judicial exerce, pelo mesmo contrato, a sua profissão em diferentes processos, é questão de interpretação saber-se se dies *notae* actionfs ê o em que se termina cada um, ou o em que se ultima o derradeiro. *Na dúvida,* entende~se que é o em que se ultima cada um, porque se há de presumir haverem tantas pretensões a honorários quantos os processos (só assim se há de entender o acórdão da *4º* Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 17 de setembro de 1945, *RT* 15ª/751, que então se concilia com o da 2º Câmara, a 20 de março de 1945, 156/65ª). Se o advogado perde qualquer recurso, inclusive recurso extraordinário, não havia pensar-se em ter terminado antes o processo, ainda que dele não se conhecesse; o art. 178, *§ 6º, X* (al *ter,* o art. 25, II), falava de "decisão final do processo", e não de trânsito em julgado. Se, sem novo contrato, o autor, ou réu, entende que se há de pleitear a rescisória da sentença, ou que o advogado o há de defender nela, interrompe-se o curso da prescrição, ou, se já terminou, se tem como renúncia à prescrição o novo mandato.

7. Prazo do art. 178, § 6º XII. Prescreve em um ano (art. 178, *§* 6º XII) "a ação dos herdeiros do filho para a prova da legitimidade da filiação; contado o prazo da data do seu falecimento, se houver morrido ainda menor ou incapaz". A ação, de que se trata, é a ação declarativa, pela qual se tem por fito determinar que o decujo era filho havido no casamento. O Código Civil não há de ser interpretado como tendo feito prescritivel, contra os princípios, qualquer ação para prova desse status; há de entender-se que somente prescreve a ação cumulada com a de interesses hereditários ou proposta pelos herdeiros como tais. Os parentes e outras pessoas interessadas podem intentá-la a qualquer tempo, s~ se abstrai da qualidade de herdeiros e não se cogita de direitos de herdeiros.

O assunto merece maiores esclarecimentos. Supõe-se que a filiação está provada, porém não haja prova de que se houve o filho no casal, o que, por exemplo, se pode dar: a) se houve erro na certidão do

registro de nascimento, quanto à data; *b)* se o pai, ou mãe, reconheceu o filho, sem dar a data do nascimento, e sem haver prova nos autos; *c)* se foi intimado o filho herdeiro, no inventário, a dar prova desse *status e* não chegou a dá-la; *d)* se foi considerado filho havido fora do casamento e, antes da coisa julgada, morreu sendo menor ou incapaz.

O prazo de prescrição segundo o art. 178, *§* 6º, XII, somente concerne à ação de filiação decorrente de relação conjugal quando o falecido era menor ou incapaz, e não a propôs para se imitir na posse de estado. A ação dos herdeiros, no caso de *turbaçâo* de posse, não prescreve nunca, porque equivaleria a admitir-se a prescrição do estado civil. Exemplo: se A sempre foi considerado filho de B e tinha, realmente, a posse de estado, e morreu sem que o pai ou mãe lhe turbasse a posse, a ação de filiação para desfazer quaisquer negações póstumas é imprescritivel. Compete aos herdeiros e a quaisquer interessados. Mas, se A não tinha título ou posse de estado, nem propôs, em vida, a ação de imissão, não *a* podem propor os herdeiros senão dentro de um ano após o falecimento do que se presume filho havido no re1acionamento conjugal, se *morreu menor* ou incapaz. (Tal posse nada tem com a dos arís. 485-523.) Assim, se, sem prova, constou como concebido dentro do casamento o filho herdeiro, julgando-se a partilha, sem que se lhe tivesse retirado do rol dos herdeiros filhos com esse estado o nome, não se pode pensar em correr o prazo prescricional do art. 178, *§* 6º, XLI. Somente se inicia tal prazo desde o momento em que, morrendo o filho, que se pretende havido no casamento, não era tido como tal, ou, no inventário por sua morte, foi negado esse *status* da filiação, para efeitos hereditários.

8. *Prazo* do *art. 178, § 6º, XIII.* "A ação do adotado para se desligar da adoção, realizada quando ele era menor ou se achava interdito" preclui num ano, segundo o art. 178, *§* 6º XIII; "contado o prazo do dia em que cessou a menoridade ou a interdição" -O prazo é preclusivo. Não há suspensão, nem interrupção. Trata-se de exercicio de direito formativo extintivo que não se irradia quanto ao adotado menor de dezoito anos, uma vez que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 48, estatui que a adoção de criança, pessoa com até doze anos incompletos, e do adolescente, pessoa entre doze e dezoito anos de idade (Lei nº 8.069, art. 2º *prj,* é irrevogável. Se, ao chegar à maioridade, está interdito o adotado, não houve nenhum momento em que pudesse desligar-se. O tempo somente começa de correr, finda a interdição.

Há, porém, caso menos simples. A loucura e a surdo-mudez absoluta independem, como causas de incapacidade, da sentença da interdição. Se existia ao advento da maioridade a loucura, ou a surdo-mudez, com os efeitos de incapacidade absoluta, o tempo somente começa de correr quando se levantar a interdição, ou, se foi pedida e negada, por *ter passado o* loucura, do dia que a sentença reconhecer como tendo *cessado.*

9. Prazo do art. 1 *78, ~ 6º, XI.* Prescreve num ano, conforme o *art.* 178, *§ 6º,* XI, *"a* ação do proprietário do prédio desfalcado contra o do prédio aumentado pela avulsão, nos termos do art. 541; contado do dia em que ela ocorreu, o prazo prescribente." Essa regra jurídica, hoje sob o Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1939, art. 20, dá ao proprietário do prédio a ação pelo avulso:

o demandado tem opção entre aquiescer em que se remova a parte, que se juntou, ou indenizar ao demandante (direito formativo gerador!). A reclamação pode ser sem ação. Ambas precluem em um ano, pois o prazo é preclusivo.

O prazo segundo o art. 178, *§ 7º,* 1 *(aliter,* o do Decreto-Lei nº 4.549, de 30 de julho de 1942, art. 1º) é prescricional; não poderia ser declarada de oficio a prescrição. Porém, prescricional como é, não é patrimonial o interesse preponderante: portanto, decretável de oficio a prescrição (art. 166; cf. V Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 1º de abril de 1938, nº 115/ 200). Veja *§* 706, nº5.

Se a ação se funda no fato do defloramento anterior por outrem, o prazo preclusivo é de dez dias (art. 178, *§*

1º). Se se alega já estar deflorada, por outrem, a mulher, ao tempo do casamento, e ignorar, ou não, o marido esse fato, e ignorar a má fama da mulher, o prazo de prescrição é de dois anos (cf. Q Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de maio de 1948, *RT* 175/173). Quanto *à* contagem, se o casamento foi a 1º de janeiro, o prazo completa-se no segundo aniversário (confuso, por escusada invocação do art. 125, o acórdão da V Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 12 de setembro de 1944, RT 5ª; *RE* 101/327).

Cai em preclusão em dois anos a ação do cônjuge coacto para anular o casamento, contados da data da celebração (Decreto-Lei nº 4.549, de 30 de julho de 1942, art. 19, se a coação foi para a só realização do

casamento. *Se* já se haviam esgotado seis meses antes de se ajuizar a ação anterior ao Decreto-Lei nº 4.549, estaria prescrita a ação, segundo o art. 178, *§* 5º, 1, do Código Civil, se satisfeitos os pressupostos desse art.

178, *§* 5º, 1. O art. 178, *§* 5Q, 1, está em vigor (prescrição!).

§ 708. Prazos de dois anos

1. *Prazo* do *art. 178,§* 7º, *1.* Prescrevem em dois anos (art. 178, *§* 79: "1. A ação do cônjuge para anular o casamento nos casos do art. 219, nº‟ 1,11 e III, contado o prazo da data da celebração do casamento; e da data da execução deste Código para os casamentos anteriormente celebrados" (Decreto-Lei nº 5.05, de 8 de dezembro de 1942, sendo de notar-se que entre a Lei nº 13, de 29 de janeiro de 1935, e o Decreto-Lei nº 5.05, que a revogou, outros foram os prazos).

2. *Prazo do art. 178, §* 7º, *VI.* Prescreve em dois anos (art. 178, *§* 79, VI) "a ação do cônjuge ou seus herdeiros necessários para anular a doação feita pelo cônjuge adúltero ao seu cúmplice; contado o prazo da data da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.177)". A ação do art. 1.177 á constitutiva negativa. A doação do cônjuge adúltero ao cúmplice contém elemento ilicito, invalidante do negócio jurídico. Dai anulabilidade do negócio jurídico. A anulabilidade é pleiteável pelo outro cônjuge, até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal (arts. 1.177, 248, IV, e 178, *§* 79, VI). A despeito do art. 248, IV, *a* regra refere-se a qualquer dos cônjuges; ali, só se havia de cogitar da mulher. O prazo éprescricional. (Como pormenor de terminologia jurídica, é de observar-se que o Código Civil mexicano, art. 2.107, ainda falou de revogação das doações ao cônjuge adúltero, ou abandonante, classificando como ingratidão ou incluindo no mesmo conceito o adultério e o abandono injustificado do lar conjugal.) A ação é própria dos herdeiros necessários; por isso, o art. 165 não incide.

A ação do art. 1.177 é de anulação, e não de nulidade (art. 1.177, *uerhis* "pode ser anulada"), a que se cumula a de reivindicação (art. 248,1V, *verbo* "reivindicar"; cp. 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 12 de outubro de 1948, *RF* 127/43ª). O art. 178, *§* 79, VI, fala da ação para anular, e não da reivindicação. Por isso é de afastar-se o

que disse a 2º Turma, a 12 de outubro de 1948: “A ação do cônjuge para haver a coisa doada pelo outro cônjuge àquele com quem cometeu adultério é ação reivindicatória, de natureza real, que prescreve em dois anos contados da dissolução da sociedade conjugal. Morrendo o cônjuge ofendido em vida do cônjuge adúltero, passa o direito à reivindicação aos herdeiros necessários daquele, que podem exercer a ação no mesmo prazo.” Influiu no acórdão, cremo-lo, a nota 2 de Correia Teles *(Doutrina das Ações, §* 24ª), a quem a ação “parece ser real”. Nem Domingos Antunes Podugal nem Correia Teles analisaram a fundo o que ocorria na espécie regulada pelas Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 66). Vejamos o que se passou, desde o século XII. As Ordenações Afonsinas (Livro IV, Título 13) informam-nos que a regra jurídica, costumeira, era antiga, datando, pelo menos, dos primeiros reis, podanto, pelo menos, do século XII: no Livro da Chancelaria, ao tempo de Afonso III, já constava, com a forma que veio até às Ordenações Filipinas. Por elas, também sabemos que, se o homem casado da‟” alguma coisa móvel, ou raiz”, àbarregã, ou a qualquer outra mulher, “com quem haja carnal afeição”, a mulher pode “revogar, e aver pera si a dita cousa, que assy foi dada”. Notem-se os dois *petita:* o de revogação e o de reivindicação. Se “demandar, e vingar”, tem a coisa para si, isto é, reivindica “em sólido”. As Ordenações Manuelinas (Livro IV, Titulo 8) e as Ordenações Filipinas (Livro IV, Titulo 66) não alteraram o velhíssimo costume: a mulher poderá “ revogar, e haver para si a coisa . Não é questão de somenos importância distinguirem-se os dois pedidos; porque a ré pode não mais ter a coisa, e não se reivindica, — revoga-se e, hoje, anula-se a doação, ficando a ré devedora pelo enriquecimento injustificado. Se, em qualquer caso, o autor ou seus herdeiros necessários somente pedem a anulação, e cai a exceção de prescrição, vingando o pedido, — a ação de reivindicação que, com a sentença trânsita em julgado, pode propor, não prescreve no prazo do art. 178, *§* 7º, VI, razão por que se não há de acolher a opinião de Correia Teles, nem a decisão da 2º Turma *(RF* 127/43ª).

A fraude à lei, isto é, ao art. 1.177, é de repelir-se, segundo os princípios (3ª Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 2 de junho de 1927, *Ai* VIII, 315, RD 89/355), — aliás, já se previa nas Ordenações Afonsinas (Livro IV, Titulo 13, *§* 3), Manuelinas (Livro IV, Titulo 8, 2º parte) e Filipinas (Livro IV, Titulo 66, 2º parte).

O art. 178, *§* 79, VI, de modo nenhum incide quanto aos legados (5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 30 de dezembro de 1941, RT 138/725).

3. *Prazo do art. 178, § 7º. VII.* Prescreve em dois anos (art. 178, *§* 79, VII) "a ação do marido, ou dos seus herdeiros, para anular atos da mulher, praticados sem o seu consentimento, ou sem o suprimento do juiz; contado o prazo do dia em que se dissolver a sociedade conjugal (arts. 250 e 315)". A ação é constitutiva negativa. Enquanto não se dissolve a sociedade conjugal, não corre a prescrição; dissolvida, começa o curso do prazo. Se a sociedade foi dissolvida sem ser por mode e, antes dos dois anos, falece o marido, seria de discutir-se se continua de correr contra os herdeiros dele, ou se começa de novo de contar-se o biênio contra os herdeiros. Mas, tanto aqui quanto a outros propósitos, rege o art. 165: "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro." O art. 165 só não incide se a ação do herdeiro é outra ação, em vez de ação herdada (cf. art. 178, *§§* 6t XII, 79, VI, e 99 II).

4. *Prazo do art. 1 78, 9 7º, II.* "A ação dos credores por dívida inferior a cem cruzeiros, salvo as contempladas nos nº VI a VIII do parágrafo anterior", prescreve em dois anos; "contado o prazo do vencimento respectivo, se estiver prefixado, e, no caso contrário, do dia em que foi contraída" (art. 178, *§* 79, II). Qualquer pretensao de cobrança, entenda-se. Hoje, com as inflações monetárias, o limite é ridículo.

(a) O art. 178, *§* 79, II, fala de dívida; adiante, de vencimento. Dai ter a 1º Turma do Supremo Tribunal Federal entendido, a 16 de agosto de 1939 *(RT* 122/329), que a regra jurídica só se refere à dívida ex *contractu.* Seguiu-a a 1ª Turma, a 5 de novembro de 1942 (145/788).

(1r4 O Supremo Tribunal Federal, a 17 de junho de 1943 *(RT* 15ª/307) e a 2º Turma, a 3 de agosto de 1948

(RDA 22/74), julgaram que o art. 178, *§* 72, JJ, apanha as dívidas ativas da Fazenda Pública (dívidas fiscais).

No mesmo sentido, diferentes tribunais locais, como o Tribunal de Apelação de São Paulo (2º Câmara, 18 de novembro de 1941, 138/187; 3ª Câmara, 11 de fevereiro de 1942, 141/65, e 12 de agosto de 1942, 143/537; 4º Câmara, 22 de outubro de 1942, 141/83; 1ª Câmara, 30 de novembro de 1942, 14ª/113, 15 de março de 1943, 14ª/107, e 15 de maio de 1944, 151/585; 2º Câmara, 29 de agosto de 1944, 153/124; 4º Câmara, 6 de fevereiro de 1945, 157/639, Câmaras Civis Reunidas, 13 de agosto de 1945, 157/794), o Tribunal de Justiça

de São Paulo (2º Câmara, 26 de novembro de 1946, 166/171; 1ª Câmara, 25 de novembro de 1947, 173; 2º

Câmara, 20 de abril de 1948, 174/175; 6º Câmara, 30 de abril de 1948, 174/804; 3º Câmara, 6 de maio de 1948, 174/805; 5º Câmara, 7 de maio de 1948, 174/829; 6º Câmara, 6 de agosto de 1948, 176/364; 5ª

Câmara, 17 de setembro de 1948, 177/ 356, e 12 de novembro de 1948, 178/303), o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul (2º Câmara, 3 de novembro de 1941, *RT* 141/729; 1ª Câmara, 22 de agosto de 1944, 1W

104/541, *RDA* 1, 5ª), o Tribunal de Apelação de Minas Gerais (2º Câmara 14 de outubro de 1944, *RT*

139/295), o Tribunal de Apelação de Pernambuco (2º Câmara, 2 de fevereiro de 1945, *AF* 16/242), o Tribunal de Apelação do Paraná (1º Câmara, 16 de setembro de 1946, *RI* 4ª/218) e o Tribunal de Justiça do Ceará, a 3

de março de 1947 *(RT* 182/3ª7). Contra isso, a 1º Turma, a 2 de agosto de 1943 *(RDA* 1, 537), 18 de outubro de 1943, pela incidência do art. 5ª do Decreto nº 19.723, de 20 de fevereiro de 1931, por se tratar de imposto de renda *(RF* 102/73), 17 de agosto de 1944 (RF 102/269), a 2º Turma, a 28 de abril de 1944 *(RDA* 1, 5ªª), a 3

de dezembro de 1948, que aplicou, absurdamente, os arts. 177 e 179 (RT 129/426), a 5 de agosto de 194ª

(129/118), a 25 de outubro de 1949 *(AJ* 93/264), a 2 de outubro de 1944 *(RDA* 1, 604), a 19 de outubro de 1944, pela incidência da Lei nº 3.396, de 24 de novembro de 1888 (1W 102/474; *RDA* II, 230; *RT* 157/ 878), a 4 de abril de 1945 *(RDA* IV, 201), a 4 de outubro de 1948 (183/456), a 10 de outubro de 1948, que absurdamente aplicou os arts. 177 e 179 *(RDA* 22/78), e a 8 de agosto de 1949 *(RF* 129/404). No mesmo sentido, a 39 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 4 de dezembro de 1944 *(RT* 132/107), a 1º

Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 11 de dezembro de 1944 *(RT* 156/15ª), a 2º Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a 2 de fevereiro de 1948 *(RT* 181/886), e a _ Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, a 9 de março de 1950 *(PJ* 51/548) e a 23 de março de 1950 (RI 51/545).

Alguns acórdãos atenderam ao Decreto nº 3.396, de 24 de novembro de 1888, para a prescrição decenal das dividas fiscais até quinhentos cruzeiros, mas aplicaram os arts. 177 e 179 quanto às de mais de quinhentos cruzeiros *(e.g.,* 2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 5 de junho de 1944, *RT* 131/132; 2º

Câmara do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2 de fevereiro de 1948 181/886; 2º Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, 9 e 23 de março de 1950, 2(1 51/548/545). Mas essa jurisprudência de lançadeira, que, aqui, não aplica o Código Civil e, ali, o aplica, não tem apoio em princípios.

Quanto às entidades paraestatais e autarquias, entendeu-se que as suas dividas fiscais haviam de ter a mesma sorte que as dividas fiscais das entidades políticas; *e.g.,* 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 4 de julho de 1945 *(RT* 176/440), 23 de agosto e 6 de setembro de 1948 *(RT* 186/494; *RDA* 2 1/78), no caso do Instituto de Aposentadoria e Pensões, 2º Turma, 13 de julho de 1948 *(RDA* 2 1/70), 5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo 14 de novembro de 1947 *(RT* 172/83ª).

As verdadeiras soluções são as seguintes: a) o Código Civil não abrogou, nem derrogou, a legislação sobre prescrição das pretensões de direito público, que já tinham regra jurídica de prescrição *(aliter,* as pretensões de direito privado); *b)* a prescrição das dividas fiscais era de quarenta anos, ou de dez, conforme a divida fosse de mais de quinhentos cruzeiros, ou de quinhentos cruzeiros para baixo (Lei nº 243, de 30 de novembro de 1841, art. 20, Decreto nº 857, de 12 de novembro de 1851, art. 99, Lei nº 3.396, de 24 de novembro de 1888, art. 19, alínea 1º); *c)* quanto às entidades equiparadas, só a lei especial que lhes deu privilégio podia responder.

5. *Prazo do art. 178, § 79, III.* Prescreve em dois anos (art. 178, *§* 79, III): "A ação dos professores, mestres e repetidores de ciência, literatura ou arte, cujos honorários sejam estipulados em prestações correspondentes a períodos maiores de um mês; contado o prazo de vencimento da última prestação." Antes, sobre o art. 178,

§ 6º, VI.

6. *Prazo do art. 178, § 79, IV.* Prescreve em dois anos (art. 178, *§* 79, IV): "A ação dos engenheiros, arquitetos, agrimensores e estereômetras, por seus honorários; contado o prazo do termo dos seus trabalhos." Decide-se que a prestação por trabalhos dos engenheiros, arquitetos, agrimensores e estercômetras, se prestados em juízo, sem ser no que se chama, em senso estrito e impróprio, perícia, escapam ao art. 178, *§* 6º, X, e a ação prescreve no prazo do art. 178, *§* 79, IV (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31 de agosto de 1931; 2º Câmara do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 27 de maio de 1944, *RT* 129/322; Câmaras Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 8 de novembro de 1944, 133/636; 1º Câmara, 11

de novembro de 1944, 136/ 110). O serviço técnico ou científico em jilízo perícia é (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de fevereiro de 1944, RT 128/471). O art. 178, *§* 79, IV, não incide em se tratando de pretensão de empreiteiro por serviços e materiais (art. 1.237), que tem a prescrição ordinária (Corte de Apelação do Distrito Federal, 23 de setembro de 1929, *AJ* 12/289; 4ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 31 de dezembro de 1941, *AI* 62/139, *RT* 142/270; 3ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de março de 1941, 137/139, e 21 de agosto de 1946, 166/ 185). Tampouco incide o art. 178, *§* 7º, IV, se se trata de preténsão de percentagem, ou outro pagamento, por empresa construtora por administração de obras (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de março de 1946, RT 166/741).

Não importa discutir-se se o profissional é formado ou não (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 11 de dezembro de 1941, 1º 133/582).

A pretensão pelo saldo dos honorários constantes de sentença de condenação já é actio fudicati; não tem a prescrição do art. 178, *§* 72, IV (39 Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 21 de agosto de 1946, 1ª

166/185; sem razão, a 4ª Câmara, a 10 de junho de 1948, 175/661).

7. *Prazo do art. 178, § 79, V.* Prescreve em dois anos (art. 178, *§* 79, V): "a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar fora do Brasil; contado o prazo do dia em que desse fato soube o interessado (art. 178, *§* 60, nº II)". Ao art. 178, *§* 7º,

V, escapam a ação que resulta da incidência do art. 447 do Código Comercial (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 24 de outubro de 1947, RT 171/539) e a ação do terceiro beneficiado.

§ 709. Prazo extintivo, negocial , de três anos

1. O *prazo do* art. *178, § 8º* Diz o art. 178, *§* 8º, que prescreve em três anos: "A ação do vendedor para resgatar o imóvel vendido; contado o prazo da data da escritura, quando se não fixou no contrato prazo menor (art. 1.141)." O prazo não é prescricional; trata-se do prazo extintivo, de origem negocial. Vendedor e comprador marcam-no, não podendo exceder de três anos. A regra jurídica do art. 178, *§* 8 º faz dispositiva a proposição que diz "em três anos, contado o prazo da data da escritura", pois que se acrescentou "quando se não fixou no contrato prazo menor O art. 1.141 estatuiu: "O prazo para o resgate, ou retrato, não passará de três anos, sob pena de se reputar não escrito; presumindo-se estipulado o máximo do tempo, quando as partes o não determinarem." Se a sanção incidiu, o que se tem por inexistente (não-escrito) é o prazo, e não o pacto.

De modo que o art. 178, *§* 8º, por seu caráter dispositivo, incide na espécie: tem-se o prazo como de três anos.

Rege o art. 125; não a Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949.

2. *Terminologia e* sistemática *quanto ao art. 178, § 8º.* A regra jurídica sobre prazo de resgate é, aí, heterotópica. Não se trata de prazo legal de preclusão, nem de prazo prescricional. A lei apenas limitou a três anos o prazo negocial que se inseriu, como cláusula, no contrato. Evidente confusão entre prazo negocial e prazo de prescrição, ou de preclusão, que são prazos legais.

§ 710. Prazos de quatro anos

1. *Prazo* do *art. 178, §* 9º, 1-111. Diz o art. 178, *§* 92, que prescrevem

em quatro anos: “1. Contados da dissolução da sociedade conjugal, a ação da mulher para: *a)* desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou sem outorga uxória, ou suprimento dela pelo juiz (arts. 235 e 237); b) anular as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido fora dos casos legais (art. 235, nº III e IV, e 236); *c)* reaver do marido o dote (art. 300), ou outros bens seus confiados à administração marital (arts. 233, nº II, 263, nº VIII e IX, 269, 289, nº 1, 300 e 311, nº III). II. A ação dos herdeiros da mulher, nos casos das letras “a” “b” e “c” do número anterior, quando ela faleceu, sem propor a que ali se lhe assegura; contado o prazo da data do falecimento (arts. 239, 295, nº II, 300 e 311, nº III). III. A ação da mulher ou seus herdeiros para desobrigar ou reivindicar os bens dotais alienados ou gravados pelo marido; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (arts. 293 a 296)”.

No art. 178, *§* 9º V, *a),* b) e *c),* cogitou-se das anulações por coação, erro, dolo, simulação e fraude, e por incapacidade relativa. Se bem que a mulher casada não seja incapaz, ao tempo da publicação do Código Civil foi o trato que se lhe deu. Onde o assentimento da mulher é necessário, há invalidade, e de modo nenhum se pensou em incapacidade, o que afasta que se possa pensar em incidir o prazo prescricional do art. 178, *§* 9º, V; é, porém, o mesmo, devido ao art. 178, *§* 9º, 1111. Onde o assentimento é exigido e o Código Civil não lhe deu prazo prescricional, entende-se que a sanção é a nulidade e a ação imprescritivel, ou que a sanção é a ineficácia, que dá ensejo a ação declaratória.

(1) a) A ação da mulher, na espécie do art. 178, *§* 9º, 1, *a)* é, em verdade, cumulação de ações, — há a ação da mulher para a anulação (art. 239, *verbo* “anulação”) do negócio jurídico do marido, respeito, não aos bens imóveis *do marido,* mas sim respeito *aos bens do casal,* que constem do registro de imóveis como do marido; aí, a cumulação é *necessária* (à diferença do que ocorre no art. 178, *§* 72, VI), tornando real, por se tratar de reivindicação, a ação pluralizada. Bens imóveis comuns, ou bens imóveis do casal, ou são bens imóveis que foram adquiridos, em comum, pelos cônjuges, sem ser em virtude do regime matrimonial de bens, tais como os bens imóveis herdados, ou recebidos em legado pelos cônjuges, indivisamente, e os bens negocialmente adquiridos, sendo outorgados marido e mulher; ou são bens que só um cônjuge adquiriu, porém que se tornaram comuns em virtude do regime matrimonial de bens. Quanto àqueles, são, pelo registro de imóveis, pedencentes a um e a outro cônjuge, em comunhão estabelecida pelo direito das sucessões e das coisas, ou pelo

direito das obrigações e das coisas, ao passo que esses são comuns por direito das sucessões, ou das obrigações, e por direito de família. Daqueles não poderia cogitar, de modo nenhum, o art. 178, *§* 99, 1, *a),* porque faltaria ao marido legitimação de direito das coisas para alienar, ou gravar a parte pertencente àmulher Quanto à parte pertencente ao marido, faltaria outorga uxória, ou suprimento dela pelo juiz, ou a teria dado a mulher, ou a teria suprido o juiz: na primeira espécie, o art. 178, *§* 99, 1, *a),* incide, mas, está visto, somente quanto à parte do marido; no tocante a outra parte, que é da mulher, não, porque a alienação ou o gravame seria pelo não-dono, sem representação. O campo próprio da incidência do art. 178, *§* 99, 1, *a),* é o dos bens imóveis comuns, que ainda não constam do registro como pertencentes ao casal, isto é, ainda constam como pedencentes a um dos cônjuges, sem qualquer averbação concernente à comunhão de direito de família.

Quanto aos bens comuns, que do registro de imóveis constam como comuns, alienação ou gravação pelo marido, sem o consentimento da mulher, ou sem o suprimento pelo juiz, não seria causa de nulidade, ou de anulabilidade, mas sim de ineficácia (alienação ou gravação de coisa alheia). No direito de família, não há lugar para se cogitar de tais atos, nem há prescrição especial. O adquirente ou titular do direito real está diante de caso comum de alienação ou gravame pelo não-dono. Pode ele alegar prescrição da ação real, ou usucapião. Porém isso nada tem com o direito de família. Esteve diante de caso semelhante a V Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 26 de dezembro de 1945 *(J* 28/43); e merece aplausos o relator, Desembargador Erasto Correia, em ter afirmado que o art. 178, *§* 99, 1, *a),* não incide, mas sim o art.

177 (sem razão, a 6º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de novembro de 1949, *RT* 184/ 790, que aplicou o art. 178, *§* 92, 1, *a),* jem caso de venda de bem comum pelo marido, utilizando procuração falsa da mulher!). Quanto aos bens imóveis particulares do marido, não se pode pensar em prazo especial de prescrição. O art. 239 dá a ação de anulação assim à mulher como aos seus herdeiros. Não discutamos se fez bem, ou não, o Código Civil em cogitar da ação do marido, ou dos seus herdeiros, para anulação dos atos da mulher, praticados sem o seu assentimento, ou sem o suprimento desse pelo juiz, e em não redigir regra jurídica idêntica, ou outra regra jurídica especial, para a ação da mulher ou seus herdeiros, em se tratando de anulação dos atos do marido, praticados sem o seu assentimento, ou sem o suprimento desse pelo juiz. *De lege lata,* não havia tal regra jurídica no Código Civil, e não podíamos revelá-la, mas hoje o podemos, uma vez que os direitos e deveres referentes à sociedade

conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (Constituição de 1988, art. 226, *§* 5º). A lei, no art. 178, *§* 9º, 1, *a),* abriu exceção ao principio geral da prescrição (art. 177), porque pareceu ao legislador *(ratio legis)* que a mulher teria de providenciar para que se levasse ao registro o bem adquirido pelo marido. Se o não fez, ainda se lhe dão quatro anos para investigar e propor a ação do art. 178, *§* 9º 1, *a).* Quanto aos bens comuns, que do registro de imóveis constam como comuns, alienação ou gravação da parte da mulher seria ineficaz. Não há pensar-se em ação de anulação; a ação seria declarativa, e não constitutiva negativa.

Já dissemos que o art. 178, *§* 9º, 1, a), não incide em se tratando de alienação ou gravação de bem pertencente ao marido:

na falta de outorga da mulher, ou suprimento dela pelo juiz, a ação da mulher ou dos herdeiros não é de reivindicação (ação constitutiva negativa + ação executiva, *lato* sensu); e somente constitutiva negativa, ação pessoal que somente prescreve em vinte anos (art. 177); com a sentença favorável, em tal ação, é que pode haver execução, inclusive por meio de reivindicatória, se a mulher e os herdeiros são legitimados a isso. A mulher herdeira é sempre legitimada. O que adquiriu o domínio ou o gravame apresenta as objeções, ou exceções, que tenha.

b) O prazo prescricional da ação constitutiva negativa, pessoal, concernente à fiança prestada pelo marido sem assentimento da mulher conta-se da dissolução da sociedade conjugal. Há exceção, criada pelo art. 263, X, independente da ação de anulação, exceção que subsiste à prescrição da ação dos arts. 235, III, e 239 (art.

179, *§* 99, 1, *b,* e II). Por isso mesmo, se a mulher, ou seus herdeiros, não exercem, opodunamente, a pretensão à anulação, podem, a despeito da prescrição da ação, exercer a exceção do art. 263, X (Câmaras Civis Conjuntas da Corte de Apelação de São Paulo, 30 de março de 1937, *RT* 109/718; Câmaras Civis Conjuntas do Tribunal de Apelação de São Paulo, 29 de agosto de 1941, 142/247).

Quanto às doações, são as do art. 235, IV, com exceção das que se referem no art. 236. Não se cogita das doações à concubina (arts. 1.177 e 178, *§* 72, VI).

c) O prazo prescricional do art. 178, *§* 9º, 1, *c),* começa a contar-se da

data da dissolução da sociedade conjugal. Trata-se de ação contra o marido, como administrador do dote, ou de outros bens confiados à sua administração. O prazo de mês, de que se fala no art. 300, não se desconta dos quatro anos: a pretensão nasce à dissolução da sociedade conjugal; o prazo é a beneficio do marido, ou seus herdeiros, e dependente de circunstâncias. Bem assim, o prazo do art. 301 (seis meses). O art. 167 incide quanto aos frutos dos bens restituíveis.

(II) A ação dos herdeiros da mulher, nas espécies do art. 178, *§* 99, *a), b)* e *c),* se ela a propôs, passa aos herdeiros (cf. arts. 172, 1, 173 e 175). Se a não propôs, os herdeiros têm o prazo de quatro anos. A mulher pode ter morrido antes do marido, a ação dos herdeiros é, então, própria; se a mulher morreu depois da dissolução da sociedade conjugal, tem-se de distinguir: se se completara o prazo de quatro anos, já a receberiam prescrita os herdeiros (ceda, a 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 3 de maio de 1944, a despeito de lastimável terminologia, *RT* 130/696); se não correu o prazo, há os quatro anos para os herdeiros, contados do falecimento da mulher; se foi proposta a ação e depois prescreveu, a ação dos herdeiros está prescrita.

(III) Se o marido aliena ou grava bens dotais, é *nula* a alienação ou gravação, se sem observância do art. 293.

O adquirente está exposto à ação de desgravação, ou de reivindicação, até que se extinga o prazo do art. 178,

§ 92, III. Não se trata de prazo para a ação de nulidade, que essa é imprescritível. Por isso mesmo, se o outorgado não obteve registro, não há pensar-se na incidência do art. 178, *§* 92, III: é apenas podador de título *nulo* (arts. 293, verbis “sob pena de nulidade”, e 145, V). O oficial do registro de imóveis é responsável pelo registro, se a ele procedeu sem que tivesse havido hasta pública e autorização do juiz competente (Lei nº

6.015, dc 31 de dezembro de 1973, art. 28). Não podem inquirir, nem são responsáveis quanto à violação, pelo juiz competente, do estatuído nos incisos do art. 293. O juiz, sim, continua responsável (art. 294), ainda que se tenha prescrito a ação real para desgravar ou reivindicar.

Cumpre, outrossim, obsevar-se que a reivindicação dos bens móveis é sujeita aos pressupostos do art. 295, parágrafo único, que dão ao réu a exceção *de solvabilidade do marido* e a *objeção de ter o outorgado*

adquirido, por título oneroso *e boa-fé, a propriedade, ou o direito real.* A objeção por parte do terceiro que adquiriu pelo registro rege-se pelos princípios comuns do direito das coisas.

2. *Prazo do art. 178, § 99, IV.* Diz o art. 178, *§* 92, que prescreve em quatro anos: IV. A ação do interessado em pleitear a exclusão do herdeiro (arts. 1.545 e 1.546), ou provar a causa da sua deserdação (arts. 1.741 a 1.745), e bem assim a ação do deserdado para a impugnar; contado o prazo da abertura da sucessão No sistema jurídico brasileiro, excluído, pelo testador, da herança o herdeiro, os outros herdeiros ou interessados têm de pleitear a exclusão, para provar a veracidade da causa de deserdação. A declaração de vontade do testador apenas faz nascer, à abertura da sucessão, a ação do herdeiro instituído, ou de quem tenha interesse na deserdação, e, ao deserdado, a ação de impugnação (aquela pretensão só é exercível por ação; essa, não, porque os interessados podem admitir a falsidade da causa, *e.g.,* os documentos apresentados ao testador eram falsos, ou continham informes falsos). Não são somente essas duas ações que prescrevem no prazo do art. 178, *§* 9º, IV. A ação de indignidade (arts. 1.545-1.602, 1.708, IV) também prescreve em quatro anos, — ação de privação da legítima, ou de privação da herança testamentária ou do legado (art. 1.708, IV), que apenas nasce à abertura da sucessão. Antes disso, o testador pode fazer testamento, deserdando o que seria herdeiro legítimo. Não há ação declaratória da indignidade, que aquele, de quem virá a herança, possa promover (Th. Kipp, *Lehrbuch,* II, *2,* 19º-21) ed., 468, nota 1; sem razão, O. Warneyer, Kommentar, II, 1.299): primeiro, ainda não há direito à legítima; segundo, a ação seria constitutiva negativa (de quê?), e não ação declarativa. Se a pessoa consta de testamento na qualidade de herdeiro ou legatário, tem o testador livre faculdade de o revogar.

O Código Civil emprega a expressão "impugnar", em vez de "anular", referindo-se à deserdação, porque, em verdade, não é de anulação que se trata, e sim de impugnação *(=* negação) dos enunciados de fato (cp. art.

1.742, *verbis* "declaração de causa", art. 1.743, *verbis* "veracidade da causa", arts. 1.74ª e 1.745, *verbis*

"causas").

§ 711. Anulabilidade por vícios e defeitos de vontade

1. *Ações anulatórias.* Prescreve em quatro anos (art. 178, *§* 9º, V): "A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este: *a)* no caso de coação, do dia em que ela cessar; *b)* no de erro, dolo, simulação, ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato; c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade." A ação é a de anulação dos contratos e dos demais negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* suscetíveis de anulação por erro, dolo, simulação ou fraude contra credores. A alusão a "rescindir" é erro de terminologia.

(a) Entendeu-se que a ação do cônjuge separado judicialmente, em caso de coação, erro, dolo, ou simulação, quanto ao acordo sobre os bens e sua partilha, não havendo, portanto, partilha judicial, não prescreve em quatro anos (Tribunal de Justiça de São Paulo, 27 de julho de 1929, *RT* 81/523). Tem-se, aí, de abstrair de causas de anulabilidade; trata-se, apenas, de aparição de bens, que se desconheciam, ou que o cônjuge com dever de inventariar, sonegou: a ação a ser proposta é a de sobrepadilha; talvez, também, a de sonegação. Se houve partilha judicial (Código de Processo Civil, art. 1.121, parágrafo único), a partilha judicial entre cônjuges, tratando-se de vícios e defeitos de vontade, não tem o prazo prescricional do art. 178, *§* 6º, V, somente relativa à partilha *jure bereditario* (cônjuges + herdeiros; herdeiros), e sim o do art. 178, *§* 9º, V, *b),* porque o art. 1.805 não incide *(=* não consta das regras jurídicas sobre inventário e padílha que o art. 1.121, parágrafo único, do Código de Processo Civil fez incidirem quanto às partilhas entre cônjuges).

(b) O negócio jurídico da adoção pode ser nulo, *e.g.,* se houve infração do art. 368, ou do art. 369, ou do art.

370, ou do art. 371. Pode ser nulo, ainda, por absoluta incapacidade do adotante (art. 5] e 145, 1), ou por infração do art. 13ª, 1, 2º parte (forma, art. 145, III). Pode ser anulável, por erro, dolo, incapacidade relativa, coação, simulação (art. 147, 1 e II), com prazo prescricional de quatro anos, contados de quando cessar a incapacidade, ou a coação, ou, nas outras espécies, da data do ato (cf. 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de agosto de 1949, *RT* 182/856).

(c) A cada de arrematação, *que* é sentença (nossos *Comentários ao*

Código de Processo Civil, já de 1939, VI, 310 s.), é suscetível de rescisão (ação rescisória, com o prazo preclusivo do art. 445 do Código de 1973). A sentença nos embargos do devedor é suscetível de rescisão. Bem assim, a sentença nos embargos de terceiro.

Pode ser nula, e pois sujeita à simples decretação de nulidade, a qualquer tempo. Se houve erro, dolo, simulação, ou coação, aventurou, sem razão, a 4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 24 de abril de 1944 *(RT* 128/540, e 13ª/ 475), que cabe a ação de anulabilidade, e prescreve em quatro anos, segundo o art. 178, *§* 9º, V, a) e *b).* O arrematante não tem qualquer ação de garantia por vícios fáticos (art.

1.106). Quanto aos vícios de direito, não há, no Código Civil, regra jurídica, a respeito de evicção, que corresponda ao art. 1.106: o terceiro, que se crê com direito sobre a coisa, tem de apresentar os seus *embargos de terceiro* (nossos *Comentários ao Código de Proces* so *Civil de 1939,* VI, 45 1-457); se os não apresenta até cinco dias depois da arrematação, antes da assinatura da respectiva carta, preclui a pretensão contra a arrematação, de modo que, regular-mente, não mais pode ocorrer evicção. Resta saber-se se contra o ato da arrematação pode o arrematante arguir vícios e defeitos de vontade. A pretensão seria dele contra o Estado: ou pela coação, — o ato do Estado seria ato ilícito absoluto, afastável por mandado de segurança, ou por *habeas corpus,* ou gerador de responsabilidade *ex delicto;* ou pelo erro, — o arrematante teve todas as indicações sobre o que adquiria, salvo ressalva feita no próprio edital e no ato de arrematação; ou pelo dolo ou pela simulação, — e só ação pelo ato ilícito do funcionário ao Estado poderia ter o arrematante (Constituição de 1988, art. 37, *§* 6º Código Civil, art. 15ª e, a *contrario* sensu, art. 160), ou pela fraude contra credores, o que não seria absurdo, dada a publicidade da arrematação ou adjudicação e o prazo para os embargos de terceiro. Não há ações de anulabilidade do ato de arrematação, que é ato de direito público e subordinado a princípios processuais próprios. O art. 463, 1, do Código de Processo Civil, sobre inexatidões materiais, é invocável.

(d) Se à ação de anulação se cumula ação real, e.g., a de reivindicação, a prescrição daquela obsta à decisão dessa, que seria execução da sentença (aí, primeira pade da sentença) na ação de anulação (2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 14 de julho de 1949, *RT* 181/760).

(e) O art. 178, *§* 99, V, *b),* de modo nenhum incide quanto à pretensão à retificação do registro de imóveis, em caso de inexatidão. Disse-o, com razão, o acórdão da V Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 15

de junho de 1948, RF 175/626. Porém a ação de retificação é imprescritível, por sua natureza, e aí errou a 2º

Câmara, atribuindo-lhe a prescrição das ações reais. A ação de retificação é ação real, mas imprescritível. A divergência, na doutrina, está exatamente entre os que afirmam que ela cessa quando prescreve a ação do direito a que a inexatidão ofende, ou se, ainda em tal caso, ela não cessa. Havemos de entender, por ser a pretensão à retificação efeito de efeito (pretensão oriunda do direito real), que ela cessa com a prescrição da ação oriunda do direito que a inexatidão ofendia (W. Turnau-K. Fôrster, *Das Liegenschaltrecht,* 1, 3º ed., 306; H. Willenbúcher, *Das Liegenschaftsrecht,* 42; C. Predari, *fie Grundbuchordnung,* 2º ed., 185; G. Planck, *Kommentar,* III, *1,* 246 s.). Madin Wolff *(Lehrbuch,* III, 27º-32º ed., 133, nota 19) entende que ação de retificaião não cessa ainda com a prescrição da *rei vindica* tio. Seja como for, a pretensão à retificação é imprescritível.

(fl O que prescreve nos quatro anos é a ação de anulação,

—

não a ação de indenização, que ou contra o figurante, ou contra o terceiro, segundo os princípios, toque ao que foi vítima da coação (art. 101), ou do dolo (arts. 93, 96 e 97), ou da simulação (art. 105). Tal ação de indenização, fundada no art. 15ª combinado com o art. 101, ou 93, ou 96, ou art. 105, somente prescreve em vinte anos (G. Planck, *Komnientar,* 1, 4º ed., 309 s.) O. Warneyer, Kommentar, 1, 197).

No direito brasileiro, considerou-se o prazo, para a propositura das ações de anulação, prazo prescricional, e não prazo preclusivo. Todavia, salvo onde excepcionalmente se pode opor depois, como exceção *(e.g.,* exceção de simulação), a ação constitutiva negativa não é exercível *ope exceptionis.*

2.

Coação. O prazo do art. 178, *§* 9º, V, é prescricional. Suspende-se e interrompe-se (e.g., incide o art.

173, 4º Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 5 de maio de 1944, *RF* 101/316). Se sobrevém transação, é preciso que essa esteja imune à coação, para que se possa entender ter havido renúncia a ação constitutiva negativa (sem distinguir, contra os princípios, a 5º Câmara do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a 9 de agosto de 1949 *AJ* 94). Somente quando cessa a coação começa de correr o prazo prescricional. Veja *§* 708, 1.

(a) O art. 178, *§* 99, V, *a),* apenas falou de ação para "anular", e não da ação de restituição, nem da ação de indenização. Tem-se de saber qual o prazo para a prescrição da ação do art. 101, *§§* 1º e 2º, que tem a vítima da coação contra o figurante ciente e contra o terceiro-coator. Trata-se de duas ações paralelas. A renúncia a uma não significa renúncia à outra. O prazo prescricional é o de vinte anos. Quanto à restituição, — ou ela se ligou à ação de anulação e vem decidida na sentença que decreta a anulação; ou não se cumulou o pedido, nem o juiz, diante dos fatos da causa, deu eficácia de restituição à sentença (art. 158;iu *ra* nouit *curia),* o que se presume. Se não foi pedida a restituição, a sentença anulatória tem eficácia mediata e a *actio iudicati* prescreve em vinte anos.

(b)

O prazo de prescrição que se marca no art. 178, *§* 9º, V, *a),* para se pedir a anulação do ato jurídico por violência, não apanha a confissão extrajudicial, isto é, o ato que não seja negócio jurídico de reconhecimento, mas apenas meio de prova (ato juridico *stricto* sensu), porque tal ato jurídico *stricto* sensu não évinculativo, apenas tem valor probatório (art. 136, 1) para ser apreciado pelo juiz e pode não ter nenhum, ainda após o transcurso dos quatro anos (O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 197). Quem a fez pode protestar, ou pedir exibição para se dar a prova —preconstituída — de ter havido a coação, ou dar inicio a processo criminal, ou exercer tais ações ao mesmo tempo. Dá-se o mesmo em caso de dolo do que a obteve, ou em caso de erro. Se houve simulação absoluta, a ação é declaratória; se houve simulação relativa inocente, idem. Cumpre, porém, ter-se todo cuidado para se não alçar a confissão à categoria de negócio jurídico de reconhecimento.

3. *Erro.* A arguição de erro só se pode fazer, logicamente, quando se descobre o erro; quem ainda não descobriu que errou continua em erro. A lei, fixando para início do prazo prescricional o dia em que se realizar o ato ou o contrato, atendeu a que mais importa (ao ver do legislador) do que esse argumento lógico, *de lege Jerenda,* a necessidade de serem estáveis as relações inter-humanas e não se prolongar por muito tempo a anulabilidade dos atos jurídicos. Quem não descobriu o erro, durante os quatro anos, sofra-lhe as consequências.

(a) Se a escritura pública era falsa e foi, a despeito disso, registrada no registro de imóveis, não há pensar-se no art. 178, *§* 9º, V, *b), fl* parte. Contudo, o prazo para a propositura da ação, se esse outorgado não adquiriu a propriedade, o que só o direito das coisas pode responder, não é o de vinte anos, ordinário, como pareceu à 3a Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 4 de outubro de 1945 *(RJB* 82/183), porque não há prescrição quando a ação é declarativa. Se houve falso representante, ou falta de poder, a ação de quem se diz ter sido figurante, e não no foi, nem ratificou o ato do que não tinha poderes, não é a de anulabilidade: é a declaratória negativa; não há pensar-se em invocação do art. 178, *§* 9t V, *b),* 1º parte; porque o ato jurídico, se existe, não existe com a figura do que se entendeu figurasse. A pessoa que foi com isso prejudicada, pois passou por estar na relação jurídica quem não estava, pode alegar a existência de relação jurídica, se, segundo a espécie, se vinculou o próprio representante (cp. arts. 1.305 e 1.306, *argurnentum a* contrario), ou a inexistência, por falta de outro figurante (cf. Corte de Apelação do Distrito Federal, 1º de julho de 1936, *RD*

126/ 133). Não há pensar-se em incidência do art. 178, *§* 99, V, *b),* ia parte (cf. Tribunal de Apelação da Bahia, 18 de junho de 1943 *RT* da Bahia 35/208).

(b)

No direito brasileiro, não se distinguem, para a prescrição, os casos em que o erro foi oriundo do manifestante e os em que foi o instrumento ou o mensageiro, ou pessoa interposta, que manifestou a vontade.

De *iure conden do,* melhor seria que o prazo de prescrição somente começasse, em caso de falsa transmissão, da ciência pelo manifestante. *De lege lata,* o art. 178, *§* 92, V, *b),* 1º parte, incide em quaisquer casos. Ainda assim, se a que pensa ter errado não sabe qual a

interpretação que o outro ou os outros figurantes dão ao ato jurídico, ou há de comunicar a sua interpretação e solicitar resposta, ou suscitar, por meio de ação declaratória, a interpretação. Para evitar que se consuma a prescrição, há de *protestar,* para que se interrompa o curso do prazo (art. 172, II). Esse protesto pode ser feito no processo da ação condenatória ou executiva, que mova o outro figurante, ou fora dele, para qúe, no caso de vir a ser diferente da sua a interpretação fixada pela sentença, se exerça a ação de anulação por erro.

(c)

No processo executivo de títulos não-sentenciais, pode ser matéria de defesa do executado a alegação da anulabilidade por erro.

(d)

A ação de indenização contra o terceiro, que nenhum dever tem in *contrahendo,* é tipicamente a da responsabilidade aquiliana (art. 15ª), com a prescrição vintenal.

4. *Dolo.* O prazo prescricional da ação de anulabilidade por dolo inicia-se à data do ato jurídico. A lei reputa assaz o tempo que teve a vítima do dolo para arguir o vício do ato jurídico.

A ação de indenização em caso de dolo causal ou acidental (art. 93), ou pelo dolo do representante (art. 96), ou pelo dolo do figurante no ato jurídico anulável por dolo (art. 92), ou pelo dolo de terceiro (art. 95), ou contra o terceiro, por seu dolo, somente prescreve em vinte anos. O art. 178, *§* 9º, V, *b),* 2º parte, somente se refere à ação de anulação.

5. *Simulação.* A ação de que se trata é só a ação de anulabilidade por simulação. Não se pode estender o art.

178, *§* 9º, V, *b),* 3º parte, às ações por fraude à lei (nulidade) e às ações por simples aparência do ato (inexistência). Por outro lado, para que exista vicio ou defeito de consentimento, é preciso que tenha havido consentimento ou assentimento.

(a)

Se não houve consentimento, ou assentimento, não se pode pensar em anulabilidade pela coação, pelo erro, pelo dolo, ou pela simulação, ou pela fraude contra credores. O que se afirma é que, não tendo havido consentimento, ou assentimento, a pessoa, de que se trata, não foi figurante do negócio jurídico: quanto a ela, negócio jurídico não houve. Nada tem de ver com o art. 178, *§* 9º, V, *a), b)* ou c), a pretensão da pessoa apontada como tendo consentido ou assentido. Porque tal pretensão é pretensão à declaração da inexistência de relação jurídica quanto a ela. Tal raciocínio também fez, por outros termos, a 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, a 25 de junho de 1946 (Relator Ministro Orosimbo Nonato, *J* 30/5ª): "A ação foi proposta para anulação de escritura, em que se arguiu, não vício de consentimento, mas ausência desse consentimento. Ora, o art. 178, *§* 9º, V, *b),* do Código Civil, só cuida dos casos de erro, dolo, simulação ou fraude. Nesses casos, é que se dá a prescrição *brevis temporis* de quatro anos. isso se infere do seu próprio texto, que manda contar os quatro anos da data em que se firmou o contrato inquinado de erro, dolo, simulação ou fraude. Não se pode ampliar esse dispositivo a casos em que não existe vício, mas ausência do consentimento, e não se pode por dois motivos principais. Primeiro, porque à prescrição *breves tem* por não se deve aplicar o argumento a *pari,* a interpretação analógica. Segundo, porque uma coisa é vicio de consentimento, consentimento defeituoso, e há ai, muito diferente, a ausência absoluta desse consentimento.

Num caso o ato existe, ainda que imperfeito e, no outro caso, o ato não se constitui, não existe, não se fotma, por faltar-lhe a própria *via* agens. Por conseguinte, o dispositivo do Código Civil, que apenat prevê o caso de erro, dolo, simulação ou fraude, não se pode aplicar ao caso em que ocorre a ausência mesma de consentimento." Não há pensar-se em decretaçêo de nuildade, ou de anulabilidade, ou de resolução, ou de rescisão, quando é a falta da figura do autor na relação jurídica que está em causa. Se falta a figura do autor, isto é, se se afirma que o autor não figurou no negócio jurídico, a função do juiz somente pode ser declaratória; e a pretensão à declaração é imprescritível.

(b)

Se a venda a descendente foi indireta, isto é, por intermédio de terceira pessoa, que retransferiu o bem, como fiduciário ou vendeu outro, há de ser provada a *fraus legis.* Discute-se se, aí, a *fraus legis*

invalida, por si, o negócio jurídico, ou se é preciso propor-se a açao de simulação, que prescreve em quatro anos, contados da data do ato de disposição. Aí, não é de simulação que se trata: a *ratio legis* é proibir que o ascendente prejudique, com o ato de disposição, os outros descendentes, ou o outro descendente; o ascendente lança mão do negócio jurídico com o intermediário para obter o que a lei proibe *(agit in fraudem legis).* Não é só o meio de realização de negócio jurídico que se proibe, é o resultado prático. De modo que não é o art. 178, *§* 9º, V, *b),* que incide, nem os arts. 177 e 179 (sem razão o Supremo Tribunal Federal, a 18 de julho de 1944, *OD*

30/280). Não há prescrição (Tomos 1, *§* 17, e IV, *§* 469, 5).

A respeito de simulação, os tribunais têm confundido, lamentavelmente, a simulação e a fraude à lei. Na maioria deles percebe-se que não têm noção precisa, às vezes nem breve notícia, de fraude à lei. Daí têm resultado graves injustiças, principalmente em torno do art. 1.132. Se o ascendente vende a descendente, por meio de interposta pessoa, não se quis o que não aparece, se quer o que aparece, — fraudou-se a lei, que proibe doar ao descendente, sem consentirem os outros descendentes. *a)* Na simulação, há o ato aparente e o outro ato, — quis-se esse, não aquele, que só se simula. *b)* Na fraude à lei, quer-se, sinceramente, o que aparece, porque o resultado é aquele que a lei fraudada tenta impedir, ou se afasta o resultado que a lei fraudada determina que se produza. c) No ato só aparente, não se quer o que aparece, nem o resultado dele, nem outro resultado. São três espécies inconfundíveis. Os juizes, ignorando a diferença, caem em tremendas injustiças. A interposição de pessoa nem sempre ésimulação; pode ser fraude à lei. A fraude à lei consiste em se praticar o ato de tal maneira que eventualmente possa ser aplicada outra regra jurídica e deixar de ser *aplicada* a regra jurídica fraudada. Aquela não incidiu, porque incidiu essa; a fraude à lei põe diante do juiz o suporte fático, de modo tal que pode o juiz errar. A fraude à lei é infração da lei, confiando o infrator em que o juiz erre. A jurisprudência que considera anulável a venda de ascendente a descendente, por meio de interposta pessoa, vendo, aí, simulação, apoia-se em conceito errado de simulação, e não se diga que a controvérsia é puramente doutrinária, pois não seria controvérsia puramente doutrinária chamar-se à mesa cadeira, ou chamar-se tinteiro à caneta. Não se pode trabalhar com as proposições de um sistema jurídico, sem se saber, precisamente, o que é que significa cada expressão que se emprega. Quando o Código Civil dedicou os arts. 102-105 e 178, *§* 9º, V, b), 3º parte, à simulação, esperou-se que os seus intérpretes e aplicadores procurassem saber qual a diferença

entre simulação e *fraude* à *lei,* entre *simulação* e *ato* só *aparente.* Assim, o acórdão do Supremo Tribunal Federal, a 29 de maio de 1942 (RT 143/778), não poderia prevalecer, porque partiu de erro no conceito mesmo de simulação. Posteriormente, a 2º Turma, a 14 de junho de 1949, repetiu-o, sem maior exame do assunto *(AJ* 93/138). No mesmo sentido, por influência de intérpretes apressados da lei, pululam os julgados *(e.g.,* 2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de dezembro de 1937, *RT* 115/285, 7 de julho de 1938, 115/292; 2º Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 15 de outubro de 1947; Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 23 de abril de 1948, ed 30/23ª; Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de junho de 1938, 1º 114/208; 2º

Câmara, 15 de abril de 1941, 132/558). No meio de tanta desatenção aos conceitos, ressaltam decisões acertadas, como a da 3º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 4 de outubro de 1953 (1º 102/660), a da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 26 de novembro de 1942, em que foi relator o Desembargador Loureiro Lima (RT 146/328), a da 2º Câmara do mesmo Tribunal, a 20 de junho de 1945, em que foi relator o Desembargador Erasto Correia *(RF* 104/94) e a da 1) Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, relatada pelo Desembargador J. Floscolo, a 3 de outubro de 1944 *(RT* 62/231), em que, com toda a precisão, se diz não incidir o art. 178, *§* 9º, V, *b),* "uma vez que a ação em hipótese não resulta de simulação, mas da infração do art. 1.132". A ação por fraude à lei é imprescritível (2º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 20 de junho de 1945, RT 104/94). Quando o art. 179 diz que os casos de prescrição são preceitos que no Código Civil serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177, obviamente não se referiu às pretensões imprescritíveis. Não poderia submeter a prazos de prescrição as ações imprescritíveis; nem se há de emprestar à lei o absurdo de ter tornado prescritíveis as pretensões e ações imprescritíveis, por sua natureza.

(c) Quanto ao problema de poder o descendente, que não foi ouvido quanto à venda a outro descendente (art.

1.132), propor ação em vida do ascendente vendedor, há duas questões diferentes: se tal ação é declaratória, e não no é, pois o art. 1.132 não tem o negócio jurídico como inexistente, e sim como nulo (art. 1.132, *verbis*

"não podem"), se pode ser proposta em vida do ascendente. O art. 1.132 nada tem com o direito das sucessões; se se pensou nas quotas

necessárias, foi como fundamento *de iure condendo.* A venda é nula, e não há negar-se ao descendente argúir a nulidade, ainda em vida do ascendente (5º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 7 de março de 1944, tU 124/636; 3ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 30 de junho de 194ª, 1W 129/212; 1C Câmara do Tribunal de Apelação da Paraíba, a 29 de setembro de 1944, 1W 62/226; sem razão: Q Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de dezembro de 1939, *RT*

125/508; T Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 13 de setembro de 1943, com o argumento, novo mas sem pertinência, de que, "se se permitisse a ação dos filhos, em vida do ascendente alienante, a consequência do bom êxito da demanda seria a volta dos bens ao alienante, e não aos herdeiros autores da anulação"; 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de agosto de 1947, *RT* 170/161). A ação nasce com o ato infrator do art. 1.132; não há prescrição. O argumento de que o descendente não poderia argUir a torpeza do pai (Gabriel Pereira de Castro, Decisiones, 202) é de afastarse: o Código Civil aponta ações que os filhos podem propor, em vida do genitor, para a decretação da nulidade ou anulação dos atos desse.

(d)

A simulação pode estar numa cláusula do ato jurídico, e não em todo ele *(e.q.,* cláusula de empréstimo hipotecário, 4º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de novembro de 1937, *RT* 112/641; 3ª

Câmara, 30 de outubro de 1944, 13ª/102).

(e)

Se a simulação foi em ato jurídico de que foi integrativo de forma ato da autoridade, esse não tem efeito, se sobrevém a decretação da anulação daquele. Se o ato da autoridade tem eficácia própria, a decretação não no atinge *(e.g.,* a sentença de partilha produz os efeitos próprios, o que foi anulado, na partilha, é que não produz os seus; o ato de registro, produz os seus, como o de transferir o domínio ou constituir o direito real, se alguém o adquiriu do réu, segundo os princípios).

(j)

Se houve danos a terceiro, ou ao Estado (art. 105), a ação de indenização somente prescreve em vinte anos.

(g)

A ação revocatória de atos jurídicos do falido, praticados com intenção de prejudicar credores (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53-58), deve ser proposta pelo síndico; se o não foi dentro de trinta dias seguintes à data da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo, qualquer credor o pode propor (Decreto-Lei nº 7.661, art. 55): a pretensão à revogação *preclui* (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 10 de janeiro de 1944, *RT* 153/185) após um ano, contado da publicação do aviso (Decreto-Lei nº 7.661, arts. 56, *§* F, e 114 e parágrafo único). A simulação pode ser alegada como causa de revogaçao.

6. *Fraude contra credores.* A ação de que se trata no art. 178, *§* 9º V, *b),* 4º parte, é a ação dos credores para anulação dos atos jurídicos do devedor insolvente. A ação de indenização pelo ato ilícito absoluto, que da fraude ao credor se haja irradiado, somente prescreve em vinte anos. Registrada a hipoteca, está ela exposta à alegação de fraude contra credores, dentro do prazo do art. 178, *§* 9º, V, *b),* 4º parte (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de abril de 1948, RT 174/637), como o negócio jurídico; aliás, pode ela mesma, *e.g.,* se foi para garantia de dívida de outrem, estar sujeita à argUição, sem no estar o negócio jurídico de que se irradia o crédito garantido. O prazo de prescrição da ação de anulação por fraude contra credores é de quatro anos (5ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 30 de abril de 1948, *RT* 174/637).

(a)

O art. 178, *§* 9º, V, *b),* 3ª e 4ª partes, manda contar o prazo da prescrição da ação de anulação por simulação, ou por fraude contra credores, do dia em que se realize o ato jurídico, unilateral ou bilateral. Ora, a simulação viciante faz nascer ação de terceiros lesados, inclusive o poder público (art. 105), e a fraude contra credores suscita a anulabilidade, por ação dos credores prejudicados (arts. 106 e 107). O texto da lei, dir-se-á, é claro; nada nos adiantará criticá-lo de *iure condendo.* O legislador não prestou atenção a que as ações por erro, ou dolo, pertencem a figurantes do ato jurídico, pessoas que necessariamente o conheceram, razão para se contar *o*

prazo desde a prática do ato jurídico. Quanto a atos jurídicos anuláveis por simulação, ou por fraude contra credores, o terceiro pode não ter conhecido o vício do ato jurídico, por não ter conhecido o próprio ato jurídico. ignoraria o vício e a existência da própria ação; seria absurdo que contra ele corresse o prazo prescricional sem que estivesse apto a propor ação. Donde três soluções possíveis: ou *a)* se entende que a letra do art. 178, *§* 9º, V, 1,) 3º e 4º partes, supõe eficácia contra o terceiro (e.g., registro), ou *b)* se admite que o terceiro, ainda depois de passar o prazo prescricional, tem a exceção de simulação e a exceção pauliana; ou *c)* se admite que a data do ato jurídico, quanto ao terceiro, é a do registro e, ainda depois de prescrita a ação de anulação, tem o terceiro a exceção de simulação viciante ou a *exceptio Pauliana.* A terceira solução é a verdadeira. No sistema jurídico brasileiro, o instrumento público tem eficácia *erga* omnes, de modo que se entende ter tido conhecimento do ato jurídico o terceiro, salvo se para tal conhecimento se precisava, como a respeito de imóveis, de registro especial; o instrumento particular somente tem efeitos em relação a terceiros depois de registrado (art. 135, V parte). Quanto a exceção de simulação viciante é tradicional no direito brasileiro, tendo-nos vindo do direito português (Álvaro Valasco, Decisionum Consultationum, II, 370 s). Para o seu fundamento, temos apenas de pensar em que, a despeito da existência da simulação e da ciência dela pelo terceiro, pode esse não acreditar em que se faça realizar a eficácia do ato jurídico prejudicial a ele. Perde ele o prazo para ação de anulação, mas persiste à espera de que os simulantes o prejudiquem. No momento em que vêm contra ele, excepciona. Quanto à *exceptio Pauliana,* o direito falencial possui o art. 57, em que se admite o exercício da ação revocatória, *ope exception* is, mas seria absurdo pensar-se, aí, em *exceptio,* no sentido próprio, de direito material. O problema há de ser posto no plano do direito civil e comercial comum. Se B tem crédito contra A e A assumiu dívida, fraudulentamente, a favor de C, no momento em que B cobra o seu crédito, vindo C a concurso, pode B opor a sua exceção pauliana por ter sido em fraude o crédito de C: aí há *exceptio,* porque se alega contra a ação executiva de C. Se, em vez disso, é C que inicia execução, pode B, cuja ação de cobrança não está prescrita, concorrer com C e contra C alegar a fraude, em exceção.

(b)

Se houve cessão de crédito, sem ter havido a notificação do art. 1.069, o cedente pode fraudar o cessionário. Tem o cessionário a ação do art. 106, ou a do art. 107. Se houve cessao de parte indivisa, sem se ter dado a substituição subjetiva do titular, a partilha ou a divisão consumada por fraude ao credor pode ser atacada com a ação do art.

106, ou com a do art. 107. Em todo o caso, no concernente à partilha hereditária, o prazo para propositura é o do art. 178, *§* 6º V, e não o do art. 178, *§* 9º V, *b).*

(c)

No direito falencial, a ação contra os atos fraudulentos do devedor, ou viciados por dolo, ou erro, ou simulação, é revocatória, e não anulatória (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 53-58). Tem de ser proposta pelo síndico, ou, se o não for dentro dos trinta dias seguintes à data da publicação do aviso a que se refere o art. 114, qualquer dos credores a pode propor (art. 55). Quer para o síndico, quer para o credor, há prazo preclusivo de um ano, a contar da data da publicação do aviso (art. 56, *§* 1º). No art. 99, diz o Decreto-Lei nº 7.661, que o síndico, ou qualquer credor admitido, pode pedir a exclusão de qualquer crédito, por fraude contra credor, simulação, dolo, ou erro essencial, se somente após a admissão foi descoberto o vício. O prazo para propositura é preclusivo e termina com o encerramento da falência.

(d)

No concurso de credores não-falencial, a disputa entre os credores pode versar sobre simulação, fraude, dolo, ou erro essencial (Código de Processo Civil, art. 768, *pr.,* 2º parte, in fine). O prazo é de vinte dias contados da intimação edital dos credores (art. 768, *pr.,* 2º parte). Os credores retardatários podem disputar, por meio de ação, fora do concurso, mas antes do rateio final, a prelação ou a cota proporcional aos seus créditos (art. 784). Está entendido que esses credores podem ser atacados pelas ações de anulação por dolo, erro, ou simulação, por parte do devedor, ou por parte dos credores, em ação *anulatória* (que nasce com a abertura do concurso), ou por fraude contra os outros credores. E óbvio que contra os créditos se pode objetar nulidade ou falsidade.

7. *Incapacidade.* Prescreve em quatro anos, diz o art. 178, *§* 90, V, *c),* a ação para anular por incapacidade, contado o prazo do dia em que cessar a incapacidade. Os atos dos absolutamente incapazes são nulos (arts.

145, 1, e 5ª); a sanção é a nulidade; não há prescrição da ação de nulidade. O art. 178, *§* 9º, V, *c),* só se refere a atos anuláveis dos incapazes; não a atos do titular do pátrio poder, tutela ou curatela. A despeito da referência a "atos de incapazes", duas vezes o Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de março de 1922 *(RT*

42/55) e a 22 de fevereiro de 1929 (69/551), cometeu o gravíssimo erro de entender que o art. 178, *§* 9º, V, *c),* se referia aos atos dos representantes; o último acórdão chegou a afirmar que assim era, também, no direito anterior. No direito anterior, havia a *restitutio* in *integrum,* qualquer que fosse a lesão, se não cabia a ação de nulidade, ou de anulação (Ordenações Filipinas, Livro III, Titulo 41, *§§* 2º e 72; Alvará de 15 de setembro de 1696). Se o menor praticava o ato, o ato era nulo, em se tratando de menor impúbere, ou púbere, ainda que já casado, ou suplementado, pois até a respeito desses diziam as Ordenações Filipinas (Livro 1, Título 88, *§* 28): "E fazendo ele a dita alheação, ou obrigação sem autoridade de Justiça, o tal contrato *será nenhum, e de nenhum valor,* assim como se o dito menor não houvesse impetrado a carta, ou não fosse casado." A discussão era sobre se podia ser ratificado o ato pelo que se tornou maior, ou se havia ratificação tácita. Por aí se vê quão longe estava da verdade histórica o acórdão, como da letra da lei de hoje, art. 178, *§*

99, V, c): "anular quanto aos atos dos incapazes".

O

prazo ao que se tornou capaz para propor a ação de anulação do ato jurídico próprio, praticado durante a incapacidade relativa, por falta de assentimento do titular do pátrio poder, do tutor, ou do curador, é de quatro anos. Se o ato jurídico foi em representação do menor absolutamente incapaz, ou podia o titular do pátrio poder, tutor, ou curador, representá-lo, e é válido, ou não no podia, e é *ineficaz* (falta de poder de representação legal). Nesse caso, não há pensar em prescrição da ação, que é declaratória. Se o titular do pátrio poder, tutor, ou curador, podia representá-lo, na espécie, mas precisava de autorização judicial, que não teve, o ato é *nulo.* Não há pensar-se, aí, em prescrição, porque as pretensões de desconstituição por nulidade não prescrevem nunca. Os únicos atos jurídicos dos incapazes de que cogita o art. 178, *§* 99, V, c), são os atos jurídicos anuláveis (arts. 147, 1, 15ª e 155).

Se o tutor adquiriu bem de incapaz, ainda com autorização do juiz e

por interposta pessoa, é nulo o negócio jurídico. Não há pensar-se em anulabilidade por incapacidade do dono do bem, de modo que o art. 178, *§* 9º, V, c), não incide (3º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 4 de outubro de 1935, *RT* 102/660, que aliás errou em reputar prescritivel em trinta anos a ação). A ação de nulidade é imprescritível; o que se pode dar é que, a despeito da má-fé e respeitado o art. 168, III, por força dos arts. 553 e 619, parágrafo único, se dê a usucapião conforme os arts. 550 e 619.

Se o ato jurídico do relativamente incapaz não teve a assistência do tutor ou do curador e passaram os quatro anos do art. 178, *§* 92, V, c), não mais pode ser proposta a ação de anulação.

O art. 8º aboliu o beneficio de restituição, que as Ordenações Filipinas, Livro III, Título 41, concediam aos menores, ainda em caso de ter prescrito a pretensão (Título 79, *§* 22). Não pode mais ser invocado desde a entrada em vigor do Código Civil (assim, a Corte Suprema, a 18 de outubro de 1934, J *STF* 2 1/77; Corte de Apelação do Distrito Federal, 9 de agosto de 1917, *RD* 47/122).

§ 712. Ação de impugnação de reconhecimento

1. O *art. 178, §* 9º, *VI.* Prescreve "em quatro anos diz o art. 178, *§* 9º, VI: "A ação do filho natural para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que atingir a maioridade ou se emancipar." O filho havido fora do casamento e o filho cujos pais vieram a contrair casamento têm essa ação (art. 362); não o filho havido no casamento, porque há, com a presunção dos arts. 338 e 339, a limitação da ação ao pai (aris.

334 e 335). A ação é do filho, e não do filho e dos herdeiros; por isso, somente a têm esses, se o filho a iniciara. O filho, que o marido da mãe reconheceu, sem que ele se ache no suporte fático de incidência do art.

338, 1 e II, tem a ação do art. 178, *§* 9º, VI. Sobre a natureza da ação, veja Tomo VIII.

2. *Legitimados.* Como filhos extramatrimoniais, o art. 178, *§* 9º, VI, incide; como equiparados aos legítimos, o art. 354 incide.

§ 713. Prazos de cinco anos

1. *Prazos do art.* 1 *78, § 10, I-III.* Prescrevem em cinco anos:

"1 - As prestações de pensões alimentícias. II - As prestações de rendas temporárias ou vitalícias. III - Os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos" (art. 178,

§ 10). Diz a alínea 2º do art. 178, *§* 10,1-VI:

"Os prazos dos números anteriores serão contados do dia em que cada prestação, juro, aluguel ou salário for exigível."

(1)

O direito a alimentos é *unitário,* produzindo as pretensões a prestações periódicas. A ação de alimentos não prescreve; prescreve a ação para haver as prestações periódicas (22 Câmara da Corte de Apelação do Distrito Federal, 31 de agosto de 1923, *RD* 73/176; Tribunal de Justiça de São Paulo, 13 de junho de 1933, *RT* 88/177; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 3 de março de 1941, 132/326; 2º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de outubro de 1946, 165/189).

(II) As prestações periódicas, como as contribuições de conservação, que não sejam prestações de rendas (art.

178, *§* 10, II), nem prestações acessórias (art. 178, *§* 10, III), escapam à regra jurídica da prescrição de cinco anos; bem assim os saldos e extratos de contas *(aliter,* no direito alemão).

(III) O prazo, quanto aos juros, conta-se desde quando nasce a pretensão; se haviam de ser pagos adiantadamente, corre o prazo desde quando deveriam ser pagos (3ª Câmara do Tribunal de Apelação

do Distrito Federal, 26 de dezembro de 1944, *RT* 157/282). Se foi dito que ao capital se somam os juros, ao ter de ser pago, ou que o capital produz os juros de x, anualmente, ou por outro período, há-se de entender que, ao se vencerem, são devidos *(dies natae action is)*. Tal regra é de interpretação: na dúvida, devem-se desde que se vence a dívida (cf. art. 95ª). Daí ser de repelir-se a jurisprudência que entende, na dúvida, que se precisa de interpelação, contra o art. 960, 1º alínea *(e.g.,* _ Câmara do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, 26 de julho de 1938, *RT* 115/762; 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 20 de setembro de 1943, 153/167).

Se os juros são capitalizáveis, em virtude de negócio jurídico, escapam ao art. 178, *§* 10, III. No instante em que se tornam devidos e se inserem no capital, há ação *nata* e *solução.* A prescrição é da pretensão concernente ao capital. Não há qualquer pretensão a receber juros; estipulou-se exatamente que seriam simultâneos nascimento da dívida e solução. A automaticidade da contagem e capitalização exclui que se pense em descaso por parte do credor, ou em resguardar-se o devedor às consequências da demora em se lhes pedirem os juros. No Recurso extraordinário nº 5.071, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, capitaliza-dos, ou não, o art. 178, *§* 10,111, incidiria; mas tal interpretação foi corrigida (2º Turma, 3 de janeiro de 1950, *RF* 131/104 s.) Tribunal de Apelação de Minas Gerais, 1º de dezembro de 1937, *RT* 115/272; *RF*

73/375; ainda se se trata de crédito hipotecário, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 29 de setembro de 1938, *RT* 116/777). No mesmo sentido, a 5ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 22 de setembro de 1937, *RT* 112/5ª; 2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de agosto de 1944, 127/485; 4ª

Câmara, 23 de abril de 1944 15ª/153; 22 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 15 de abril de 1947, 168/651; 4ª Câmara, 16 de dezembro de 1948, 179/211; 1º Câmara, 24 de janeiro de 1950, 185/693; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 15 de dezembro de 1946, *J* 31/ 65; sem razão, Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo 26 de maio de 1948, *RT* 175/367.

Se a capitalização é em virtude de lei e simultânea ao nascimento da pretensão, ou da percepção de juros, os juros têm a prescrição do principal, porque se fizeram integrantes desse (Tribunal de Justiça de São Paulo, 30

de janeiro de 1929, *RCJ* IX, 374 s., com razão quanto aos juros de capitalização negocial, se a ação para os cobrar não nasceu, isto é, se ainda não nasceu, sequer, a pretensão pelo principal; votaram pelo prazo prescricional independente, ainda se ex *lege* a capitalização, Afonso de Carvalho e Adalberto Garcia).

Se há quotas de amortização e juros, aquelas não estão sujeitas ao art. 178, *§* 10, III, porque não são

"prestações acessórias"; os juros, sim (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 13 de dezembro de 1939, *RT* 127/485). Quando o art. 178, *§* 10, III, fala de juros, compreendem-se, também, os legais.

Quanto aos cupões de dividendos, rendas, ou outras prestações, ou semelhantes, se há *prazo* de apresentação, a prescrição somente começa de correr findo ele. Se o prazo é prazo negocial de preclusão e foram apresentados em tempo, inicia-se então a prescrição (L. Enneccerus, *Lehrbuch,* 1, 5ª9, nota 16).

Se a pretensão principal prescreve antes do prazo para a prescrição da pretensão aos juros, está essa prescrita (art. 167).

A prescrição dos juros moratórios é a do principal, se menor (4ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 23 de abril de 1944, *RT* 15ª/153; 4ª Câmara, 19 de dezembro de 1944, 156/650). A 1º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 24 de janeiro de 1950 *(RT* 185/693), entendeu que as pretensões pelos juros, devidos em virtude de mora no pagamento do quanto em que foi condenado o réu, ou o reconvindo, não prescrevem no prazo do art. 178, *§* 10, III. Não há qualquer distinção a fazer-se entre os juros ex *pacto, ex leqe,* ex mora, ou ex *ludicata (rechtskrãjtig festgestellte Urteilszinsen).* E o que está assente em doutrina (e.q., O. Warneyer, Kommentar, 1, 355); e outra não pode ser a solução diante dos termos do art. 178, *§* 10, III, *uerbis* "os juros".

Está-se lendo o art. 178, *§* 10, III, como se dissesse: os juros pagáveis *anualmente* ou em *períodos* mais *curtos,* ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos", em vez do que, gramaticalmente, está lá escrito. Lá se disse: "os juros, ou quaisquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente ou em

períodos mais curtos". Não há vírgula entre "acessórias e pagáveis", e há entre juros e ou . Os juros, quaisquer, se acessórios, estão sujeitos ao art. 178, *§* 10, 111; as outras pretensões a prestações acessórias é que só prescrevem em cinco anos, se "pagáveis anualmente, ou em períodos mais curtos" (sem razão, as Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de maio de 1948, *RT* 175/367).

2. *Prazo do art. 178, § 10, IV.* Prescrevem em cinco anos (art.178, *§* 10,1V): "Os aluguéis de prédio rústico ou urbano." Não importa se o prédio tem edificação, ou não (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 17 de dezembro de 1931, *RD* 106/285, *AJ* 22/112). Há de tratar-se de locação, e não de enfiteuse (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 12 de março de 1931, citado em V. de Castro Garms, Repertório *de Jurisprudência,* II, 866). O art. 178, *§* 10, III, não se refere à ação de enriquecimento injustificado por pagamento indevido de aluguéis (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 17 de setembro de 1946, *RT* 166/675).

3.

Prazo do art. 178, 9 10, V. Segundo o art. 178, *§* 10, V, prescrevia em cinco anos (art. 178, *§* 10, V):

"A ação dos serviçais, operários e jornaleiros, pelo pagamento dos seus salários." Ainda se inferiores a cem cruzeiros, o prazo prescricional era o do art. 178, *§* 10, V, e não o do art. 178, *§* 7º, II (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 12 de dezembro de 1941, *RT* 137/268). O art. 178, *§* 10, V, nada tem com a empreitada (4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 22 de janeiro de 1948, *RT* 172/568). Tratando-se de salário de professor de estabelecimento particular de ensino, que não seja comercial, rege o art. 178, *§* 10, V, ou o art. 178, *§* 6º, VI; se comercial, incide o art. 448, ou o art. 449, 4, do Código Comercial, que o Código Civil não derrogou (sem razão L. 5. E. Carpenter, *Manual,* IV, 5ª8 s.). Ressalva-se a legislação do trabalho. A Constituição de 1988, art. 79, XXIX, *a)* e *b),* regrou a matéria pertinente ao prazo prescricional da pretensão dos trabalhadores urbanos e rurais, no que respeita ao direito de crédito irradiado da relação jurídica de trabalho. Sedes *materiae,* estatui a prescrição de *a)* cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do negócio jurídico e *b)* até dois anos após essa extinção, para o trabalhador rural.

§ 714. Dívidas passivas do Estado e outras entidades

1. *Prazo do art. 178, §* 10, *VI.* Prescrevem em cinco anos: "VI. As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municipios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação" (art. 178, *§* 10). Conta-se o prazo do dia em que nasce a ação. Ao art. 178, *§* 10, VI, sobrevieram leis de períodos ditatoriais, que adiante se estudam. Se houve ato ilícito, absoluto ou relativo, que causou dano, pelo qual a pessoa jurídica de que fala a legislação especial tenha de responder, a ação nasce no momento do dano, e não da prática do ato, ou em que ocorreu o fato (1º Turma do Supremo Tribunal Federal, 28 de maio de 1945, *RT* 166/813, sobre ato ilícito absoluto, "culposo", mas a regra jurídica é a mesma para todas as espécies a que nos referimos).

2. *Dividas passivas.* Na expressão "dívidas passivas" não se incluem as ações reais contra o Estado (Supremo Tribunal Federal, 19 de janeiro de 1938, *RT* 116/792, 24 de julho de 1942, 146/826; 12 Turma, 29 de maio de 1939, 122/629, 21 de setembro de 1944, *RF* 103/466, e 3 de junho de 1946 e 9 de janeiro de 1947, *RDA* IX, 98 e 104; Tribunal Federal de Recursos, 4 de julho de 1950, *RDA* 24/248; Tribuna! de Apelação de Minas Gerais, 3 de setembro de 1942, Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 12 de junho de 1944, *RDA* IX, 121, *RF* 102/100, Corte de Apelação de São Paulo, 26 de agosto de 1935 e 16 de junho de 1937, Tribunal de Apelação de São Paulo, 25 de novembro de 1938, 4 de dezembro de 1939, 8 de outubro de 1941, 2 de março de 1942, 15 de março de 1943, *RT* 147/132; 1º Câmara, 21 de maio de 1945, 15ª/117; 32 Câmara, 25 de julho de 1945, *RT* 157/637; 42 Câmara, 25 de agosto de 1947, 170/647; 42 Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 2 de junho de 1949, 181/693; 5ª Câmara, 16 de dezembro de 1949, 185/260).

Nas expressões "dívidas passivas" e "qualquer ação contra a Fazenda Nacional" não estão incluídas as ações de restituição, que tem o dono da coisa depositada (1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de dezembro de 1943, *RT* 148/679), ou dada em comodato; nem as ações possessórias (2º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo,

4 de dezembro de 1939, 125/601), nem quaisquer reivindicações (22 Câmara, 25

de novembro de 1938, 121/638; cf. Tribunal de Apelação, 8 de abril de 1938, 113/738). As ações imprescritíveis não passaram, com o art. 178, *§* 10, VI, a ser prescritíveis (e.g., a ação de demarcação, 4ª

Câmara da Corte de Apelação, 18 de março de 1936, *RT* 100/543, e 106/233). Tampouco se rege pela prescrição da legislação especial a indenização em caso de reivindicação (4º Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 9 de setembro de 1936, 105/574). A ação que se funda no art. 1.509 do Código Civil (1º Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 25 de maio de 1943, 148/721) e a que se funda no art. 5ª1

não prescrevem no prazo da legislação especial.

3. *Início da prescrição.* A 1ª Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, a 7 de agosto de 1944 *(RT*

153/121), disse que a prescrição começa da data do ato ou fato de que se originou a pretensão ou ação, e não do conhecimento dele pelo interessado. O princípio é verdadeiro, mas a data do ato de direito público éaquela em que dele se conhece, pela publicação, ou, se se trata de funcionário público em serviço fora da sede da entidade, que pratica o ato, aquele em que do ato se dá conhecimento ao funcionário público, ainda que se não ache no estrangeiro.

Passemos agora a examinar a legislação especial.

4. *Prescrição.* No Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, art. 1º, diz-se: “As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.”

No art. 2º, acrescentou-se: “Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio-soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.” E no art. 3º: “Quando o pagamento se dividir por dias, meses, ou anos, a prescrição atingirá

progressivamente as prestações, à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto." Finalmente, no art. 10: "O disposto nos artigos anteriores não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos, as quais ficam subordinadas às mesmas regras." O DecretoLei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, art. 2º, estatuiu: "O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantídos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude da lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.

a) Se se trata de prestações periódicas, a prescrição concerne a cada período; portanto, completa-se à medida que se alcança o quinto aniversário. As posteriores ficam fora da exceção de prescrição, desde que não foi por lei extinto o direito (1º Câmara do Tribunal de Apelação de São Paulo, 6 de dezembro de 1943, *RT* 150/571; 2º Câmara, 4 de junho de 1946, 162/733; 2º Grupo de Câmaras Civis do Tribunal de Justiça de São Paulo, 1º

de outubro de 1946, 165/313). Se a lei é inconstitucional ou ilegal, a prescrição da pretensão, que tem o ofendido, somente começa com o ato que aplica a lei, porque só então nascem a pretensão e a ação.

b) Se se perfez o prazo prescricional, tem a entidade, estatal ou paraestatal, de exercer o direito à exceção. Se o não exerce, não pode o juiz, se está em causa pretensão de ordem patrimonial, de ofício declarar prescrita a dívida. O momento em que há de ser exercida a exceção é aquele em que, após a terminação do prazo, a União, o Estado Federado, o Distrito Federal, o Território, o Município, a autarquia ou a entidade ou órgão paraestatal fala pela primeira vez. Depois disso, não há mais falar-se de prescrição, pois que se renunciou a ela. Daí em diante, corre novo prazo de prescrição, sem se poder pensar em interrupção (Decreto-Lei nº 4.5ª7, de 19 de agosto de 1942, art. 3º), que haja de ser única e só permitir que após ela corra metade do prazo: não houve interrupção só, houve renúncia por parte do prescribente; de modo que todo o passado não conta mais: o prazo começa de correr, integralmente; porque não é continuação, nem recomeço, mas começo. Se a entidade alega a prescrição e o juiz acolhe a arguição de exceção, é de discutir-se se pode o Poder Executivo relevála, isto é, a despeito de prescrita a divida, solvê-la. A solução tradicional e acorde com os princípios é no sentido negativo: de prescrição, já declarada, em que haja incorrido alguma divida passiva do Estado, ou de entidade que a lei, quanto à prescrição, haja

equiparado ao Estado, só o Poder Legislativo, ou, naquela entidade, o órgão que a ele corresponda, pode relevar (Oficio do Ministério da Fazenda de 22 de junho de 1868, no DO de 10 de agosto de 1868). Isso não obsta a que o Poder Legislativo edite regras jurídicas gerais a respeito, a fim de que as aplique, in *casu,* o Poder Executivo, ou o Poder Judiciário. Diga-se o mesmo quanto às autarquias e entidades ou órgãos paraestatais.

Por outro lado, não pode o Poder Legislativo alegar a prescrição, salvo para apreciar atos do Poder Executivo que a tenha afirmado, abusivamente, ou a tenha relevado, após a declaração pela autoridade competente.

5. *Preclusão.* É preciso observar-se que o art. 2º do Decreto nº 20.910 somente contém regra jurídica sobre preclusividade no tocante ao direito ou pretensão; quando o direito ou pretensão não precluiu, há prescrição das pretensões às prestações vencidas. Durante o processo, ou, ainda, durante a reclamação administrativa, podem prescrever pretensões a prestações que ainda tinham de vencer *(verbis*

"por vencerem"). A palavra "direito", no art. 1º do Decreto nº 20.910, está em vez de pretensão que seja decorrente de dívida contra a Fazenda Pública, — não o que não érelativo a interesse pecuniário *(verbis*

"direito ou ação contra a Fazenda Pública"). No art. 2º, a referência a direito é a direito unitário, ou pretensão unitária, de que decorrem as pretensões às prestações. O prazo é preclusivo, *quanto a ele.* Mas só naqueles casos.

a) Advirta-se, principalmente, em que o campo de incidência do art. 2ç é somente traçado pelas matérias que ele menciona: *a)* pensões vencidas ou por vencerem; *b)* meio-soldo; *c)* montepio civil e militar; *d)* quaisquer restituições ou diferenças. Os outros direitos e pretensões não precluem; as pretensões, se prescritíveis, prescrevem no prazo que fixou o art. 1º. Tal prescrição não acarreta preclusão do direito, e a pretensão, ou a ação, não preclui,— apenas prescreve aquela, ou essa.

O art. 2º do Decreto nº 20.910 tem sido causa de alarmantes injustiças, menos por ele mesmo do que pela interpretação às carreiras que às vezes lhe dão. O art. 2º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro

de 1932, só se referiu a direito e pretensões concernentes a: *a)* pensões vencidas; *b)* meio-soldo; *c)* montepio civil e militar; *d)* restituições, isto é, repetições que não sejam em virtude de sentença proferida contra a União, os Estados Federados, o Distrito Federal, o Território, ou o Município, ou a autarquia, ou entidade ou órgão paraestatal (Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, art. 2º, porque, então, a restituição é eficácia da sentença, e não da pretensão à restituição; e) diferenças, isto é, repetições do que foi pago a mais, ou cobrança do que foi recebido a menos. Somente preclui o direito quando se trate de uma dessas dividas. Todas as outras ficam incólumes ao prazo preclusivo do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Quando se diz, no referido art.

2º, que preclui o direito à pensão por vencer, superfluamente se disse, porque, precluso o direito, e não só a pretensão, ou não só a ação, não mais nascem pretensões por pensões posteriores. Quando o art. 2º falou de

"todo o direito e as prestações" em verdade enunciou: "o direito e as pretensões". Poderia ter dito tão-só

"todo o direito", porquanto, precluso o direito, preclusas estão as pretensões. Uma vez que o art. 2º somente apanha o direito às pensões, o direito ao meio-soldo, o direito ao montepio civil, o direito ao montepio militar, o direito às repetições e o direito à repetição das diferenças, por parte do que solveu a mais, ou ao recebimento, por parte do que recebeu a menos, não há pensar-se em qualquer preclusão de direito que não caiba nessas classes restritas, de que cogitou o art. 2º. Assim, o direito à promoção, ou à nomeação, ou à aposentadoria, ou àdisponibilidade, ou aos vencimentos adicionais, escapa ao art. 2º. As sentenças que julgaram diferentemente estenderam, contra todos os princípios da interpretação, a regra jurídica especial do art. 2º do Decreto nº 20.910 a classes de direitos, a respeito das quais nada se estatuiu quanto à preclusão.

Na interpretação do art. 2º do Decreto nº 20.910, surge a questão relativa a só se falar de "pensões vencidas ou por vencerem", e não se aludir às prestações, ainda por se vencerem, concernentes a meio-soldo, montepio civil, montepio militar, restituições ou diferenças. A expressão "ou por vencerem", que se pos-pôs a "pensões vencidas", é, conforme dissemos, supérflua, pois que, tratando-se de preclusão de direito, de que emanam as pretensões, não há pensar-se em continuar

de irradiar eficácia o direito já precluso. Dá-se o mesmo quanto ao direito ao meio-soldo, quanto ao direito ao montepio civil e quanto ao direito ao montepio militar. Não é o mesmo o que ocorre quanto às restituições e diferenças. O art. 2º não atinge mais do que a pretensão à restituição, que emana do direito à repetição por enriquecimento injustificado, que é inconfundível com qualquer outra pretensaO. Assim, o que não tinha de pagar, ou devia pagar, anualmente, 3x e pagou 5x, tem direito e pretensão à restituição de 5x, ou 2x, mas tal direito e, pois, tal pretensão precluem no prazo de cinco anos. O que prestou não fica com o dever de prestar o mesmo que prestara, porquanto o direito e a pretensão por enriquecimento injustificado somente nascem com a prestação errônea, ou exigida a mais. O prazo preclusivo só se pode referir aos direitos e pretensões já existentes. Quanto às diferenças a que tem direito e pretensão o que recebeu a menos, a preclusão somente colhe a pretensão oriunda do fato mesmo da diferença, que é inconfundível com as pretensões à prestação completa, que se vão irradiando do direito não-precluso.

b) No art. 2º, de péssima redação, o Decreto nº 20.910 estatuiu: "Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio-soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças." Há-se de interpretar o art. 2º como se houvesse dito: "Precluem em cinco anos os direitos às pensões, ao meio-soldo e ao montepio civil e militar, ou quaisquer restituições ou diferenças. Tal prazo preclusivo não é interrompível segundo o art. 172, 1,11, IV

e V, do Código Civil; mas deixa de correr segundo o próprio Decreto nº 20.910, arts. 4º e 5º, este antes da Lei nº 2.211, de 31 de maio de 1954, art. 1º. Só se inicia se houve reclamação administrativa, depois de dada a solução, salvo incidência do art. 5º do Decreto nº 20.910.

A regra jurídica do Decreto nº 20.910, art. 79 ("A citação inicial não interrompe a prescrição quando, por qualquer motivo, o processo tenha sido anulado.") tinha de ser interpretada ou como derrogativa ou como não-derrogativa do art. 172, 1, in Jine, do Código Civil; e em verdade, a despeito das expressões "por qualquer motivo" é de entender-se não-derrogativa, tanto mais quanto tal regra juridica existe, só excetuada para a parte final do art. 172, 1, no direito privado, e o Código de Processo Civil de 1939, posterior ao Decreto nº 20.910, a reafirmou no art. 166, *§* 1º, a exemplo do Código de Processo Civil de 1973, art. 219, *pr.*

A prescrição de que fala o art. 178, *§* 10, VI, somente pode ser interrompida uma vez, entendendo-se que, proposta a ação nos termos do art. 172, 1 (Código de Processo Civil, art. 219, *§§* 1º-4º, está interrompida até o trânsito em julgado da sentença, salvo se após algum "último ato" completou-se prazo prescricional.

A rescisão da sentença tem o efeito de se ter como interrompida a prescrição desde a citação no processo em que se proferiu a sentença rescindida. "A prescrição interrompida recomeça a correr, pela metade do prazo, da data do ato que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo" (Decreto nº 20.910, art.

99; cp. Código Civil, art. 173). A regra jurídica do Decreto n0 20.910, art. 99, só se refere à interrupção; se, em vez disso houve suspensão, a prescrição continua de correr pelo prazo que resta (pode ser todo), e não pela metade (Supremo Tribunal Federal, 4 de outubro de 1944, *RF* 104/63). O art. 39 do Decreto n0 20.910, que se não refere às obrigações do art. 2º, e sim às do art. 12, estatuiu: "Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, àmedida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto" (cf. Código Civil, art. 178, *§* 10, VI, 2º alínea).

6. *Regras* comuns. Não corre o prazo preclusivo do art. 2º do Decreto nº 20.910, nem o prazo prescricional do art. 33, pendente processo administrativo: "Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da divida, considerada liquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la" (Decreto nº 20.910, art. 42); "A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano" (Decreto nº 20.910, art. 42, parágrafo único). Se houve reclamação administrativa, o prazo começa de correr da ciência do interessado quanto à decisão final proferida na reclamação (Supremo Tribunal Federal, 23 de novembro de 1945, *RT* 168/769; V Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de novembro de 1948, 178/23ª), qualquer que seja ela (e.g., indeferimento). A demora do interessado em prestar os esclarecimentos que lhe foram exigidos faz iniciar-se (2º Turma do Supremo Tribunal Federal, 2 de maio de 1950, *AJ* 95/363).

7. Outras entidades. O Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942,

estatuiu (art. 2º): "O Decreto nº 20.910, de 6 de janejro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos. No art. 71, II, a Constituição de 1988 submeteu ao controle externo do Congresso Nacional, com o auxilio do Tribunal de Contas da União, "as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valoes públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituidas e mantidas pelo Poder Público federal". Os conceitos são, pois, os que estudamos já nos Comentários à Constituição de *1946,* que estatula regra jurídica símile no art. 77, II. O art. 2º do DecretoLei nº 4.597 não foi interpretativo do Decreto-Lei nº 20.910; só abrange as dividas criadas ao seu tempo e incidiu e incide sobre as que sobrevieram (Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 18 de maio de 1944, *RF* 99/715). O art. 4ª do Decreto-Lei nº 4.597 só se referiu ao art. 32, e não ao art. 2º.

8.

Pretensões de uma entidade estatal, ou *paraestatal, à* outra. A regra jurídica do art. 1º do Decreto nº

20.910 incide nas dívidas passivas de pessoa jurídica de direito constitucional interno (União, Estados Federados, Distrito Federal, Território, Município) e outra (Tribunal de Justiça de São Paulo, 9 de outubro de 1947, RDA 12/156-15º), ou de autarquia, entidade ou órgão paraestatal, e outra, ou pessoa jurídica de direito constitucional interno, ou vice-versa. O que importa é o devedor; portanto, ainda se o credor épessoa jurídica de direito público externo.

A 4º Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 5 de agosto de 1948 *(RT* 176/201), entendeu que o Decreto-Lei nº 4.597, art. 2º, foi interpretativo, opinião que se há de repelir, porque assim não se regia, antes, a prescrição das dívidas passivas das entidades a que o Decreto-Lei nº 4.597, art. 2º, se referisse. Certas, as decisões da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 27 de maio de 1947 (168/13ª), da Q Câmara, a 8 de abril de 1948 (174/282), da 6ª Câmara, a 30 de abril de 1948 (174/697), e da 3ª Câmara do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 11 de outubro de 1945 *(RDA* V, 196).

9. Direito intertemporal. Disse o art. 4ª do Decreto-Lei nº 4.597 "As disposições do artigo anterior aplicam-se desde logo a todas as dívidas, direitos e ações a que se referem, ainda não extintos por qualquer causa, ajuizados ou não, devendo a prescrição ser alegada e decretada em qualquer tempo e instância, inclusive nas execuções de sentença." De direitos e ações somente cogita o art. 2º do Decreto nº 20.910, a que se refere o art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597; não o art. 1º do Decreto nº 20.910.

A regra jurídica do art. 4º é apenas de direito intedemporal; não é, de modo nenhum, regra de direito substancial. Teve interesse de pôr fim às múltiplas questões, que o período ditatorial do Brasil criara, entre 1930 e 1934, lançando-se mão de meios ditatoriais, tais como os do art. 4º, para se conseguir a rápida raspagem, entre 1937 e o que durasse a segunda ditadura. Regra de direito substancial é a do Decreto-Lei nº

4.597, art. 3º, in *une,* de que falaremos adiante.

10. *Acti* o *ludicoti.* Diz o Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942, art. 3º, *in* une: . . .consumar-seá a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio". Ainda, pois, quando se trate de ação de execução de sentença, — pretendeu explicitar a 5ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, a 5 de maio de 1944 *(DJ* 13 de setembro de 1944, 4.137). A tese da 5ª Câmara é absolutamente falsa.

A legislação especial sobre dividas passivas da União, dos Estados Federados, dos Territórios e dos Municípios, bem como das autarquias e entidades ou órgàos paraestatais, ou sobre preclusão de direitos contra eles, consta do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e do Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942. Quer ao tempo de um, quer ao tempo de outro, estava o Brasil sob regime ditatorial (1930-1939, 1937-1946), podendo ter sido feita legislação pior do que se fez, porém não devemos interpretar os dez artigos do Decreto nº 20.910 e os três artigos do Decreto-Lei nº 4.547, atribuindo lhes mais do que eles dizem, nem usando a meia-ciência e falta de terminologia que caracterizou a legislação, bronca e medíocre, daqueles dois momentos excepcionais, estranhos, na vida constitucional do Brasil. Na técnica do Decreto nº 20.910, distinguem-se, claramente, o prazo

prescricional antes de qualquer interrupção e o prazo prescricional após interrupção. Os arts. 1º-3º do Decreto nº 20.910 e o art. 10 do mesmo decreto somente concernem ao prazo prescricional, ou preclusivo (art. 2º, *verbis* "todo o direito") antes de qualquer interrupção. O art. 99 cogitou do encurtamento do prazo prescricional se ocorreu interrupção: passou a ser de metade do prazo, sem possibilidade de duas interrupções (art. 39)~ No Decreto-Lei nº 4.547, de 19 de agosto de 1942, o art. 2º

estendeu as regras do Decreto nº 20.910 às autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, e o art. 39, depois de repetir, na parte 1ª, as regras dos arts. 8º e 9º do Decreto nº 20.910, lançou regra nova, que é a da 2º parte:

"consumar-se-á a prescrição no curso da lide sempre que a partir do último ato ou termo da mesma, inclusive da sentença nela proferida, embora passada em julgado, decorrer o prazo de dois anos e meio". Analisemo-lo.

Preliminarmente, todo o art. 39 somente cogita de prescrição da pretensão *in iudicium deducta,* se houve interrupção. Nenhuma fixação de prazo novo de prescrição, ou de preclusão, se estabelece no art. 3º Durante a lide, se a partir do último ato ou termo da mesma correr prazo de dois anos e meio, está prescrita ação, isto é, a pretensão in *iudicium deducta.* Se a ação é executiva, lato sensu, portanto cumprível, por mandado de evacuando, ou por outro mandamento, a sentença trânsita em julgado, completados dois anos e meio a ação prescreve, porque ainda se entende pendente a lide. Se houve sentença trânsita em julgado, sem ser executiva *lato* sensu, ou sem ter carga forte de executividade, que dispensasse à *actio iudica ti,* o autor, ou reconvinte, vencedor na ação está munido de sentença executiva, que lhe dá ingresso àação de liquidação, se preciso, ou, em qualquer caso, o direito e pretensão à inclusão do crédito nos pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual, distrital, territorial, ou municipal, de acordo com a Constituição de 1988, art. 100, *§§* 1º e 2º, ou a ação executiva *(actio iudica ti)* se a entidade não goza do privilégio de impenhorabilidade. Deve-se entender que, se a lei especial estendeu o privilégio e vale perante a Constituição, a entidade beneficiada está sujeita aos deveres decorrentes do art. 100, e parágrafos da Constituição de 1988. A prescrição da *actio iudicati* é a ordinária. O art. 39 do Decreto-Lei nº 4.597 incide, mas somente para que, havendo interrupção, a prescrição passe a ser pela metade do prazo (cf. Decreto nº 20.910, art. 9º). Quanto à ação rescisória de sentença, o prazo é preclusivo: uma vez exercida a pretensão à rescisão da sentença, dentro do qúinqtiênio, não há incidência do art. 9º do

Decreto nº 20.910, nem do art. 3º do Decreto-Lei nº 4.597, porque foi exercido em tempo o direito, pela propositura da ação rescisória de sentença.

Temos, portanto, que o art. 3º, *in* Jine, do Decreto-Lei nº 4.597, ao referir-se às sentenças trânsitas em julgado, somente apanha aquelas ações em que a sentença não importa necessa *ria novatio.* Por exemplo: A executa a nota promissória contra a autarquia, faz-se a penhora no depósito, sobrevém e passa em julgado a sentença final, mas o autor deixa correr o prazo de dois anos e meio, desde a sentença, sem prosseguimento.

Aliter, se A apenas propôs ação condenatória e transcorreu o prazo apos a coisa julgada.

§ 716. O prazo preclusivo do art. 178, *§* 10, VIII. O Código de 1973, art, *445*

1. *Ação rescisória de* sentença. Já se tratou de tal prazo preclusivo, caracterizando-se o problema. O art. 445

do Código de 1973, que revogou o art. 178, *§* 10, VIII, aludiu ao direito de propor, portanto tal direito decai, e não há por onde pensar-se em que fique qualquer alegabilidade dele, como ocorreria se fosse de prescrição, e não de preclusão, o prazo, isto é, como ocorreria se apenas se encobrisse a pretensão à rescisão.

2. *Início do prazo.* Há um ponto extremamente importante a respeito da contagem do prazo. E o relativo ao inicio se houve recurso, ordinário ou extraordinário. O dia de inicio é aquele em que já ficara para trás a recorribilidade, se a havia. Portanto, se A perdeu e recorreu, ou o início é desde que transite em julgado a sentença que negue ou dê provimento ao recurso, ou é, se do recurso não se conheceu, desde que se tornou coisa julgada a sentença irrecorrível, ou deixou de ser interposto outro recurso que caberia. Se o juiz ou juizes prendem o processo por mais de cinco anos, pode dar-se que, ao ser julgado o recurso, não se conhecendo dele, já esteja preclusa a

ação rescisória. Para evitar as consequências de prejuízo total, tem a parte o protesto ou a *interpelação* ao Estado: com isso, não interrompe nem suspende o prazo preclusivo, mas assegura o direito à indenização, fundada no art. 37, *§* 6º da Constituição de 1988, se a não-cognição do recurso vem após a expiração do prazo preclusivo. As medidas disciplinares são estranhas ao direito privado. Outro meio é propor logo a ação rescisória.

O art. 485, VI, 1ª parte, do Código de Processo Civil, deu *à* declaração de falsidade em sentença criminal ser pressuposto da ação rescisória da sentença em que tal prova falsa foi o fundamento do julgamento, —

elemento probatório, entende-se, porque não há compararem-se elementos de *direito* e elementos de *fato,* nem se pode cogitar, a respeito de falsidade, de outro elemento que elemento de fato. Tem-se, pois, que a rescisão é causada pela fundamentação em elemento, falso, de fato, *prova falsa,* quer na espécie do art. 485, VI, 12 parte ("quando se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal"), quer na espécie do art. 485, VI, 2ª parte ("ou seja provada na própria ação rescisória"). Enquanto corre (ou não se iniciou) o processo criminal, não pode correr o prazo para se propor a ação rescisória da sentença com invocação do art. 485, VI, 1ª parte: o sistema jurídico acolheu tal fundamento exatamente para evitar a contradição (incompossibilidade lógico-jurídica) entre a sentença rescindenda e o julgado criminal, que lhe infirma o "fundamento". Seria contra os princípios que se desse ao tempo tal importância que a eficácia declarativa do julgado criminal não se exercesse se o trânsito em julgado foi *após* os dois anos da coisa julgada da sentença rescíndenda. Tem-se de atender a que se completa, depois do trânsito em julgado da sentença criminal, o suporte fático do art. 485, VI, 1º parte, *antes, dentro* ou *após* o biênio: então, se o trânsito em julgado da sentença criminal foi dentro do biênio, esse biênio não correu para a espécie, pois, *ex hypothesi,* só sobreveio a sentença criminal que declarou a falsidade da prova; se depois, o não se atender à superveniência importada em se manter a contradição no sistema jurídico, pela divergência entre o julgado criminal e o julgado no cível, o que o art. 485, VI, 1ª parte, *tentou evitar.* Temos, pois, de admitir que, na espécie do art. 485, VI, 1ª parte, somente se começa de contar o prazo do dia em que transitou em julgado a decisão criminal declarativa da falsidade, salvo se ocorreu antes do trânsito em julgado no cível.

A sentença cível que declare a falsidade da prova, essa, não tem a consequência de abertura do prazo preclusivo, porque a ela não se referiu o art. 485, VI: trata-se a decisão cível como elemento de prova para a ação rescisória dentro do biênio. Seria argumento contra isso que a contradição se estabelecesse, como se estabeleceria se a sentença posterior fosse criminal; mas a lei tem a sua razão: quem tem provas para ação cível tem-na para propor a ação rescisória com base no art. 485, VI, 2ª parte, o que não se dá a propósito das provas em processo criminal, às vezes estranhas ao conhecimento do que tem como rescindível a sentença.

Por outro lado, é preciso atender-se a que a alusão do art. 485, VI, *1ª* parte, à sentença criminal, introduziu elemento a mais no suporte fático da regra jurídica sobre rescisão de sentenças, de modo que a pretensão —

antes dele — é nondum *nata;* ao passo que, tratando-se de decisão cível, por não se ter referido a ela o art.

485, VI, seria criar o intérprete outro caso de rescisão por falsa prova, fora, portanto, da letra do art. 485, VI:

"quando o seu fundamento for prova apurada falsa em processo criminal" (1º parte); "ou de falsidade provada na própria ação rescisória" (2ª parte).

3.

Ação rescisória contra decisão em *recurso de que não se* conheceu. Contra a decisão em recurso, que dele não conhece, cabe ação rescisória, desde que trânsita formalmente em julgado. O prazo dessa ação rescisória é contado desde que essa decisão passou, formalmente, em julgado. O prazo da ação rescisória da sentença que não foi examinada é outro, porque é outra a ação rescisória. Se da decisão que não conheceu do recurso há recurso e também dele não se conhece, há três ações rescisórias, com três prazos diferentes quanto ao momento inicial. Se da decisão que não conheceu do recurso houve recurso e o tribunal dele conheceu, negando provimento, por ter sido acertada a decisão que não tomara conhecimento do recurso anterior, só há duas ações rescisórias, uma quanto à sentença, *que transitou em julgado,* e outra do último julgamento de recurso.

§ 717. Sentenças homologatórias

1.

Rescisão de sentenças homologatórias. (a) Lê-se no Código de Processo Civil, art. 486: "Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil." O Código de Processo Civil não disse que a ação rescisória não caberia se a sentença fosse "simplesmente homologatória": disse que, sendo simplesmente homologatória a sentença, os atos processuais poderão ser "rescindidos", isto é, decretada a sua nulidade, a sua anulação, ou a sua rescisão (e.g., vícios redibitórios), como aos atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil (ou comercial, ou especial). Se, por exemplo, o juiz, em vez de simplesmente homologar, interveio no conteúdo (integração ou transformação do fundo), a ação rescisória de sentença é imprescindível. Se se trata de autorização, ou outro ato do juiz, que não seja de simples exame externo, a ação rescisória há de ser proposta.

A afirmação do relator do acórdão das Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação de São Paulo, de 23 de agosto de 1943 *(RF* 95/370), de que prescinde de ação rescisória de sentença todo ato de jurisdição voluntária (1) é completamente destituída de razão. Por outro lado, o acórdão, em vez de se ater ao conceito de eficácia de coisa julgada formal, foi buscar o de coisa julgada material. Contra direito, todo o acórdão. Nomeação de tutor, ou de curador, destituição ou remoção, homologação de partilha amigável, em que se tenha feito mais do que integrar forma, e muitos outros atos que o acórdão considera de jurisdição voluntária, passam formalmente em julgado e são suscetíveis de rescisão fundada no art. 485. O art. 486, não apanha os casos em que a sentença é mais do que integrativa de forma. Por exemplo: a homologação de demarcação, se não houve acordo pleno das partes (art. 448, *§* 1º cf. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, 26 de abril de 1943, *DJ*

de 7 de dezembro, 4.716, *RF* 96/323, *AJ* 69/112). Nem exclui a ação cumulada.

(b) Se foi a sentença de homologação que deu causa à pretensão à rescisão, é a rescisória de sentença que se propõe.

Sempre que se ataca a homologação, em si, a ação competente é a ação rescisória de sentença, e.g., se incompetente *ratione materiae* o juiz (art. 485, II, 2º parte), ou se houve infração da coisa julgada (art. 485, IV), como se, na sobrepartilha simplesmente homologada, se partilhou bem já partilhado no mesmo juízo ou noutro, ou se houve infração da lei em tese (art. 485, V), ou se a homologação se fundou em prova falsa (art.

485, VI). Ainda, se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (art. 485, 1), proferida por juiz impedido (art. 485, II, 1ª parte), resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei (art. 485, III), depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (art. 485, VII), houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transa-

ção, em que se baseou a sentença (art. 485, VIII), ou se fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa. (art. 485, IX).

Mais uma vez frisemos: o art. 486, não é regra de exclusão, *a priori,* de ação rescisória de sentença; mas regra de *permissão* da ação de nulidade, anulação, ou rescisão dos negócios jurídicos ou simples atos jurídicos, trazidos ao ãmbito do processo (cp. Código de Processo Civil de 1939, art. 288).

Os votos vencidos apostos ao acórdão das Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, datado de 14 de janeiro de 1943 *(AJ* 66/111), levantaram o argumento de que, tendo havido recurso de decisão que permitira venda de bens fora da hasta pública, tal decisão não podia ser simplesmente homologatória. O argumento serviria apenas para sublinhar o absurdo do julgado que considerara simplesmente homologatória a permissão de venda de bens pelo juiz. O acórdão fora injusto — e contradireito — porque, in *casu,* os bens tinham de ser vendidos em hasta pública. Mas a discussão toda se afastou do problema; primeiro, discrepou-se de ser simplesmente homologatória (qualquer decisão judicial de venda ao público não é homologatória, salvo quando se trata de venda que não precisa de decisão que *permita);* segundo, não é verdade que não transitem, formalmente, em julgado as sentenças homologatórias, inclusive as simplesmente homologatórias. Aí está confusão lastimável, — um pouco devido a não terem os juizes entendido o art. 288 do Código de

1939 (“Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios e de desquite por mútuo consentimento.”). O art. 288 só se referia à coisa julgada *material;* ao passo que a coisa julgada, de que se fala, para se indagar se cabe, ou não, ação rescisória, é a coisa julgada *formal.* Demais, estavam a ler, apressadamente, o art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior, como se dissesse: Os atos judiciais que não dependerem de sentença, ou em que esta for simplesmente homologatória, somente poderão ser rescindidos como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.” Lá não está o “somente”. *Mutatis mutandis,* o art. 486 do Código de 1973, pelos mesmos *consideranda,* não é exceção ao pressuposto da rescisão de sentença, mas permissão de ataque por outros fundamentos. Nem se compreenderia que a peita, o impedimento, a incompetência *ratione materiae,* a ofensa à coisa julgada, a falsidade da prova pudessem prevalecer, para só se admitirem as ações constitutivas negativas ligadas ao negócio jurídico.

Outra confusão, que importa em erro crasso, é dizer-se que o art. 486, correspondente no Código de 1973 ao art. 800, parágrafo único, do direito anterior, influi na interpretação do art. 445, que revogou o art. 178, *§* 10, VIII, do Código Civil, de modo que esse só se refere a sentenças proferidas em processo contencioso *(9.* Tal absurdo, que aparecera no acórdão das Câmaras Reunidas do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 26 de janeiro de 1942 *(RF* 91/474), precisa ser evitado. O art. 800, parágrafo único, nada tinha com o art. 288, que se referia à coisajulgada material. Nem a ação do art. 445, do Código de Processo Civil tem semelhança ou parentesco com a chamada “rescisão” do art. 178, *§* 9º, V; nem o art. 486, do Código de Processo Civil exclui a de rescisão da sentença. O juiz A, impedido, julgou a partilha amigável entre B, C e D, partilha anulável conforme o direito civil (Código Civil, arts. 178, *§* 6º, V, e 1.805): a invalidade é pleiteável dentro de um ano, suscetível de suspensão e de interrupção à prescrição, de modo que, se foi suspensa durante dois anos, ainda persiste a pretensão à anulação, a despeito de ter precluído o prazo de dois anos para a rescisória. A homologação, em si, tornou-se inatacável, mas o seu conteúdo constitutivo continuou atingível pelas ações de anulação de partilha. Se algum dos interessados, estando prescrita a ação de anulação ou rescisão de partilha, entende que o juiz homologante estava impedido, ou era incompetente *ratione materiae,* pode atacar, pela ação rescisória do art. 445, a sentença, e o que fica — a partilha amigável — vale e é eficaz, como valia e era eficaz *antes* da homologação. Qual esse valor e qual essa eficácia

responde o direito material; a questão já escapa ao direito processual.

Se a sentença não foi simplesmente homologatória, *e.g.,* se foi judicial a partilha, — também aí, no fim de um ano expira a atacabilidade conforme os arts. 178, *§* 6º, V, e 1.805 do Código Civil (Código de Processo Civil, art. 486), mas persiste a impugnabilidade da sentença segundo o art. 485 do Código de Processo Civil. Há, porém, uma diferença: não se poderia interromper ou suspender a prescrição de um ano, *além* dos dois anos da ação rescisória: a preclusão se deu, por força do art. 486.

2.

Rescisão *da sentença* conforme *o art. 641 do Código de Processo Civil.* A declaração de vontade a que se refere o art. 641 do Código de Processo Civil é declaração feita pelo Estado, em vez da parte; a rescisão dela é pedida com a rescisão da sentença, cujo conteúdo é, e rege-se pelo art. 485, e não pelo art. 48

Capítulo XI

Eficácia escapa ao encobrimento da pretensão pela prescrição

§ 718. Exceções que permanecem

1.

Encobrimento de eficácia e *extinção do direito, da pretensão e da ação.* Já vimos que alguns efeitos da dívida persistem a despeito de ter havido prescrição e de ter sido alegada. Porque a prescrição somente torna encobrível, pelo exercicio de exceção, a eficácia da pretensão, ou da ação. O que é efeito do direito subsiste. (Aliás, o que é efeito do direito perduraria ainda que precluísse a pretensão, ou a ação.) Já falamos da exceção de inadimplemento do contrato, da alegação da compensação e da exceção de ilícito criminal.

Insistamos no assunto, ao estudarmos o que escapa ao exsurgimento

da prescrição e à própria alegação-exercício.

2. *Exceção* non adimpleti contractus. Por ela, invocando o princípio da co-pontualidade, o devedor nega-se a pagar o preço, ou entregar a coisa, enquanto não se lhe presta o que lhe é devido. (1) Se o titular do crédito a respeito de cuja pretensão ocorreu prescrição exige a prestação, o devedor-credor pode: *a)* opor-lhe a prescrição; *b)* não lhe opor a prescrição; *c)* não lhe opor a prescrição e excetuar de contrato não-adimplido.

Em *a),* encobriu a pretensão do credor; em *b),* tem de prestar, porque, podendo alegar prescrição, não no fez; em *c),* tem de prestar quando o credor, a que opôs exceção *non adimpleti contractus,* preste. (II) Se o titular do crédito exige a prestação ao devedor-credor, a respeito de cujo crédito ocorreu prescrição da pretensão, pode esse opor a *exceção non adimpleti contractus,* porque a exceção é ligada ao crédito, que tem, e não à eficácia da pretensão, e não tem o autor *replicatio* com a exceção de prescrição.

3. *Direito a compensar.* Diz o art. 1.010: "A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis." Não se aludiu às dividas prescritas. A prescrição encobre a eficácia da pretensão; deveria encobrir, pois, raciocinou-se, o direito de compensar A questão é velha. 1) Alguns, nos sistemas jurídicos que têm o direito de compensar como exceção, raciocinavam, para admitirem a compensaçao, com o argumento de que exceção não prescreve. 2) Outros pensam em equidade e querem que tenha esse efeito compensatório a *obligatio naturalis.* 3) Outros afirmam que se encobre a eficácia da pretensão, e não de todo o direito. 4) Outros invocam o *ipso iure compensatur.* O Código Civil alemão, no *§* 390, 2º parte, resolveu a questão pela admissão da compensação se o crédito não estava prescrito no momento em que podia ser exercido o direito de compensação. Para o sistema jurídico brasileiro, na falta de regra jurídica escrita, temos de lançar mão dos princípios. Nenhum dos argumentos acima invocados foi convincente. O direito a compensar (= „ opor a compensação de um crédito a outro) existe. Se a exceção de prescrição não é exercida pelo devedor dá-se a compensação com o próprio crédito que prescreveu antes de se poder alegar a compensação (aqui, o direito brasileiro tira vantagem ao direito alemão); se a alegação poderia ser feita antes de ocorrer a prescrição, continua o credor com o direito formativo, que lhe nasceu, não

encoberto pela prescrição, porque distinto da pretensão. Se o crédito cuja pretensão está prescrita é o do autor, nada obsta a que o réu alegue a compensação, em qualquer caso, pois nem sequer opôs a exceção de prescrição. Se o que tinha a exceção de prescrição alegou a compensação, desconhecendo tê-la antes de poder a outra pessoa alegar a compensação, não pode repetir, nem argUir a incompensabílidade; o direito brasileiro possui o art. 970, *verbis* divida prescrita", louvável de *iure condendo,* e a ignorância pelo devedor, ai, é irrelevante (diferente o direito alemão, para G. Planck, *Kommentar,* II, 533, P. Oedmann, *Recht der Schulduerhãltnisse* 290, e O. Warneyer, *Kommentar,* 1, 670; todavia, contra, E. Weigelin, *Das Recht zur Aufrechnung,* 64).

4. *Prestação de segurança.* A prestação de segurança pelo devedor, após a prescrição da pretensão, é eficaz *(e.g.,* hipoteca, penhor, fiança), ainda que dada por outro.

5. *Exceção de ilícito criminal.* Se A, que seria credor de B, por ser B fiador de D, assassina a D, de modo que os herdeiros de B não podem pagar, está exposto a que B oponha a exceção de ilícito criminal. O art. 120

cogitou da condição que o favorecido pelo não-advento maliciosamente obsta, ou de que o favorecido pelo advento provoca, maliciosamente, a realização. O art. 120 contém regra jurídica mais larga, porque a malícia, que se exige, não precisa ser *criminal.* A exceção de que falamos, sim. Tal exceção é oponivel ao síndico da falência, ou aos credores concursais, que peçam a inclusão do crédito do insolvente. O devedor pode alegar a prescrição e a origem criminosa do crédito, *euentualiter.* São duas exceções que não se excluem. A última deriva do crédito, não da pretensão. Pode ser oposta ao cessionário (art. 1.072), a despeito da validade e eficácia da cessão, que é negócio jurídico abstrato, ficando ao cessionário ação de indenização contra o cedente, com base no art. 15ª. Não pode ser oposta ao portador de boa-fé de títulos cambiários ou cambiariformes. Se de má-fé o podador, cabe. Dá-se o mesmo quanto aos titulos ao portador não-cambiários e não-cambiaríformes. Quando o sacado ou emitente não pode opor a exceção ao portador de boa-fé, tem ação de indenização contra o que obrou criminosa-mente; ou, ainda, se não cabia a exceção de crime, no caso em que *não teria* de pagar ao que agiu com dolo, ou culpa, porém, aí, a responsabilidade é conforme o negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente.

A exceção de origem criminosa do crédito é irrenunciáve]. Se recebeu prestação do outro autor, tem o demandado de devolvêla, antes de opor a exceção, ou ao opô-la. A exceção de origem criminosa do crédito protege as pessoas jurídicas contra o perigo da colusão entre a diretoria ou administradores, e terceiro.

§ 719. Prescrição e obrigação natural

1.

Se *resta* obligatio naturalis, A questão de se saber se da dívida cuja pretensão está prescrita fica obrigação natural, ou se não fica, não pode ser resolvida sem previamente se saber o que é que se entende por obrigação natural, e tantos foram os conceitos que pouco adiantaria responder-se, para um, afirmativamente, e, para outro, ou outros, negativamente. Tanto mais quanto onde a solução seria de interesse prático, o art.

970, em sua explicitude, cortou cerce tal interesse: „Não se pode repetir o que se pagou para solver divida prescrita, ou cumprir obrigação natural." A pretensão prescrita, que se satisfez, não pode ser atingida pela repetiçao: nao há *condictio indebiti,* por se ter prestado por obrigação prescrita. Nem há, tampouco, doação pelo prescribente (Max Levy, *Die* naturalis obligatio im *BGB.,* 5ª s.). A eficácia, ainda se era incobrível pela exceção de prescrição, tornou-se incólume a isso; se já estava encoberta, pelo exercício da exceção, o próprio prescribente a descobriu, solvendo a dívida.

2. *Prescrição e mutilação.* A questão de se saber se a prescrição deixa obrigação natural perde importância se prescisarmos qual a eficácia negativa da prescrição. Dá-se o mesmo com a questão de se saber se a prescrição ou a exceção de prescrição mutila o direito.

(a) Para os que põem o efeito negativo da prescrição como atingindo a pretensão em sua existência, é óbvio que tem toda relevância o problema de se saber se, por trás desse nada juridico, fica algo de ético, ou natural, em subplano, a que algum efeito se reconheça. Idem, para os que atribuem à prescrição tal amputação do direito, de modo

que se lhe extinga a ação, ou a pretensão mesma, tanto mais quanto, a respeito dos direitos pessoais, alguns pensavam em que, caida a pretensão, cai o direito mesmo (e.g., E. Windscheid, *Die Actio,* 3

s.; O. Fischer, Recht *und Rechtsschutz,* 65 s.; A. Wach, *Der Feststellungsanspruch,* 20). Tal opinião não corresponde ao direito romano, nem ao direito comum, nem ao direito alemão, nem ao direito luso -brasileiro, nem ao brasileiro. Primeiro, porque a exceção pode não ser oposta; segundo, porque o direito positivo atribui

— ou, melhor, reconhece — efeitos ao direito a que a pretensão prescreveu. Para os que negam tal eficácia negativa, total, da prescrição, como E von Savigny *(Systern,* V, 379 e 381; H. Dernburg, *Pandekten,* 1, 5º ed., 357; Fr. Eisele, Civilistische Kleinigkeiten, *Jahrbticher* fúr *die* Dogmatik, 31, 379 s.) cf. F. L. RelIer, *Uber Litis-Contestation,* 15ª; G. Brillat, *Die Wirksamkeit der verjdhrten Forderungsré*"*cbte,* 85 s.), o problema consiste em se poder, ou não, falar de obrigação natural, atendendo-se ao que ficou. Uma vez que a dívida, após prescrição, é compensável, e não cabe a *condictio* indebiti (art. 970), nem há doação no pagar obrigação prescrita, depende do conceito, que se adota, de obrigação natural, dizer-se se isso, que resta, faz natural, ou não, a obrigação prescrita.

Comum a todas as *obligationes naturales,* incluída a obrigação prescrita, se se considera obrigação natural, é o serem obrigações adimplíveis sem serem acionáveis (H. A. Schwaned, *Die Naturalobligationen,* 222 s.), o que A. Brinz teve por princípio geral das obrigações naturais. Em vez disso, A. v. Scheurl (Die rõmischen Naturalobligationen, *Jah rbíUcher ftir die Dogma tik,* VII, 328) pensou em princípio geral da declarabilidade positiva, aludindo, portanto, exclusivamente, à existência, e de modo nenhum àeficácia da obrigação natural.

Da adimplibilidade da obrigação natural resulta: *a)* a irrepetibilidade, ainda quando o devedor pague sem conhecer a falta de acionabilidade; 14 a sua compensabilidade (o que não ocorria em direito romano a todas, a despeito do *etiam quod natura debetur, venit in compensationem* da L. 6, D., *de compensationibus,* 16, 2, cp. L. 14; C. Meyer, *Die Naturalobli* gationen, 14; sobre o direito comum, Fr. Leonhard, *Die Aufrechnung,* 166); *c)* a sua garantibilidade (o que nem sempre se dá, cp. L. 14, *§* 1, D., *de pignoribus et hypothecis,* 20, 1).

(b) Toda mutilação é na eficácia, e não na existência: aquilo, a que se mutila, persiste, resta, embora mutilado; aquilo, que se mutila, sim, é

retirado da existência. O direito sem ação, ou sem pretensão e sem ação, existe: o que não existe é a ação, ou a pretensão e a ação. E o caso das dívidas de jogo. Para que possamos considerar direito mutilado o direito a que prescreveu a pretensão, ou a ação, temos de alargar o conceito de direitos mutilados, para que nele também caibam os direitos a que se não amputou a pretensão, ou a ação, mas a que apenas se encobriu a eficácia da pretensão. Tal alargamento não é despropositado, —o direito a que se encobriu a eficácia da pretensão é, pelo menos, direito praticamente sem ação. Dai não haver inconvenientes em que se inchiam na classe dos direitos mutilados os direitos a que a pretensão ou só a ação prescreveu, — formaria subclasse à parte. Mas há inconvenientes

§ 720. Concurso de credores, falência e concordata

1.

O problema do dever restante do devedor concursal Muito se discutiu, no direito comum, se, efetuados os pagamentos em rateio, a parte não solvida da dívida permanecia como obrigação natural, ou dever moral, ou se não permanecia. No primeiro sentido, H. Drnburg *(Pandekten,* II, 74 ed., 15); no segundo, H. Burckhard (Zum Begriff der Schenkung, *Fest gabe* for E. 1. Bekker, 133), que Considerava o pagamento pelo devedor, ou por outrem, posteriormente, como doação. Nem uma nem outra merece acolhida. O que não foi pago, no concurso de credores, continua devido pelo devedor concursal, sem que se tenha mutilado da pretensão, ou da ação, o direito dos credores. O pagamento parcial não extingue a dívida, ainda que em concurso de credores. Quanto ao direito falencial, também continuam o direito e a pretensão, recomeçancj0 de correr o prazo prescricional desde o trânsito em julgado da sentença de encerramento da sentença da falência (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, art. 13ª: "A prescrição relativa às obrigações do falido recomeça a correr no dia em que passar em julgado a sentença de encerramento da falência"). Qomo a prescrição acontece no plano da eficácia, a sentença a respeito dela é sempre declaratória. Se foi oposta a exceção, tal declaração é incidental. Tanto o falido quanto o sócio solidário da sociedade falida têm a ação declaratória do art. 2º, parágrafo Úhico, do Código de Processo Civil, ou a ação declaratória, incidentai, dos aris. 136-138 do Decreto-Lei nº 7.661. A diferença entre as duas ações é apenas no plano do direito processual. A legislação falencial cria preclusão às

dívidas do falido em três espécie~: *a)* quando o rateio é de mais de quarenta por cento de todo o ~itivo realizado ou, se para tanto não bastou o ativo, 1

tendo havido depósito da quantia necessária para atingir tal percentagem (Decreto-Lei nº 7.661, art. 145, 11); 1,) se decorreu o prazo, preclusivo, de cinco anos, contando-se a partir do encerramento da falência, se o falido ou sócio-gerente da sociedade falida, não tiver sido condenado por crime falencial (Decreto-Lei nº

7.661, art. 135, III); *c)* se decorreu o prazo (preclusivo) de dez anos, contando-se a partir do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio-gerente da sociedade falida foi condenado por crime falencial (Decreto-Lei nº

7.661, art. 135, IV). Há divergência entre o art. 135,111, e o art. 135, IV, do Decreto-Lei nº 7.661, porquanto no art. III se fala de "não ter sido condenado por crime falimentar" e no art. IV de "tiver sido condenado a pena de detenção por crime falimentar". Ou o legislador pensou em pena de detenção, ao marcar o prazo de cinco anos e então, no art IV, a preclusão dar-se-ia quer tivesse havido condenação a detenção, ou a outra pena, ou o legislador não pensou em pena de detenção, quer no art. III, quer no 1. IV. A alusão à pena de detenção poderia achar-se no art. III; nunca no art. IV. Segundo método cientifico de interpretação, não importa o que o legislador pensou; o que importa é o que ele exprimiu. Se tivéssemos de adotar interpretação literal, as consequências seriam absurdas: se o falido ou o sócio-gerente da sociedade falida foi condenado a pena de detenção por crime falencial ("falimentar", referindo-se a falimento, que também é palavra da língua portuguesa, mas o adjetivo referente a falência é falencial, e não "falimentar"), preclui a dívida do falido findo o decênio; se o falido ou o sócio-gerente não foi condenado por crime falencial, cuja pena é detenção, nem por outro crime falencial, preclui a divida, decorridos os cinco anos; se o falido ou o sócio-gerente da sociedade falida foi condenado à pena que não é a de detenção, por crime falencial, não incidiria o inc. III, nem o IV. Temos, portanto, de considerar descuido do legislador a inserção das expressões "a pena de detenção" no art. IV. Em virtude disso, ou se entende que tais expressões são heterotópicas (deviam estar no art. III, e estão no art. IV), ou se interpretam que preclui o dever do falido, passado o decênio, se foi condenado, por crime falencial, a pena de detenção (art. IV) e, a *fortiori,* se somente foi condenado, por crime falencial, a pena menos grave. A solução verdadeira é a última.

Quando se dá a extinção do dever do falido, quer em virtude da regra jurídica do art. 135,11, quer em virtude de um dos dois prazos preclusivos, especiais, do art. 135, III e IV, cabe a ação declaratória do art. 42, 1, do Código de Processo Civil, ou a ação incidental dos arts. 136-138 do Decreto-Lei nº 7.661, ou a alegação *incidenter* da preclusão.

Diz o art. 138 do Decreto-Lei nº 7.661: "Com a sentença declaratória da extinção de suas obrigações, fica autorizado o falido a exercer o comércio, salvo se tiver sido condenado ou estiver respondendo a processo por crime falimentar, caso em que se observará o disposto no art. 197." A eficácia, de que se cogita, é constitutiva positiva, portanto, uma vez que a sentença é declaratória, eficácia *anexa.* E de discutir-se se a declaração *incidenter* (não em ação incidental dos arts. 136 e 137 do Decreto-Lei nº 7.661) produz esse efeito anexo.

A resposta é negativa. Produ-lo a ação incidental dos arts. 136 e 137, porque lho atribuiu o art. 138; *a fortiori,* a sentença favorável na ação declaratória do art. 42, 1, do Código de Processo Civil.

O art. 197, a que alude o art. 138 do Decreto-Lei nº 7.661, diz: "A reabilitação extingue a interdição do exercicio do comércio, mas somente pode ser concedida após o decurso de 3 (três) ou de 5 (cinco) anos, contados do dia em que termine a execução, respectivamente, das penas de detenção ou de reclusão, desde que o condenado prove estarem extintas por sentença as suas obrigações." Aí não há ação declaratória. Trata-se de ação constitutiva positiva, pela qual, reabilitando-se o falido, se lhe extingue a interdição do exercício do comércio. A declaração de estarem extintas as dívidas é apenas um dos pressupostos para a sentença favorável: decurso de três ou de cinco anos, terminada a execução da pena de detenção ou de reclusão; alegação, prova e declaração de estarem extintas as dividas.

2.

Concordata. Na concordata, pagos os credores e cumpridas as outras obrigações assumidas pelo concordatário, tem de ser julgada cumprida a concordata. Trata-se de sentença declaratória. No art. 155, *§* 42

do Decreto-Lei nº 7.661, diz-se que "a sentença, que julgar cumprida a concordata, declarará a extinção das responsabilidades do devedor e será publicada por edital". Devemos entender que a sentença declara o

cumprimento da concordata. A concordata extingue as dividas do devedor. A parte da sentença, que se refere a tal extinção, também é declaratória.

§ 721. Extinção dos direitos e prescrição

1. *Termo e condição.* Os direitos pessoais e reais, para os quais há termo final, extinguem-se com a expiração do prazo. Idem, quando há condição resolutiva, ou advém resolução que atinja o direito, ou exercício de direito formativo extintivo. A decretação da nulidade ou da anulação não extingue, porque a eficácia negativa é *ex tunc.*

2. *Perecimento do objeto.* Se a coisa perece, perece o direito real. O art. 77 é explícito: "Perece o direito, perecendo o objeto." O art. 78 miudeou: "Entende-se que pereceu o objeto do direito: - Quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico. II - Quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir. III - Quando fica em lugar de onde não pode ser retirado." As três espécies são tidas como extintivas, se bem que nem todas importem em destruição material.

(I) A coisa perde as qualidades essenciais quando se torna não-suscetivel de ser objeto de direito, ou quando não mais ésuscetivel de ser objeto do direito de que se trata; perde o valor econômico, quando com ela não mais se pode obter qualquer preço, nem pode ser útil ao titular de direito sobre ela.

(II) Se a coisa se confundiu, misturou, ou juntou, com outra, a ponto de não mais se poder distinguir, cumpre discernir: *a)* O titular do direito sobre a coisa principal, a que outra se uniu, não perde o seu direito *(Principale trahit accessionem),* — é dono do todo, nascendo ao dono ou donos das coisas unidas o direito e a pretensão à indenização. Os direitos que recaem sobre a coisa principal estendem-se à coisa unida ou às coisas unidas. Os que recaem sobre a coisa unida ou sobre as coisas unidas extinguem-se. A coisa unida pereceu. O art. 615, *§* 2º, exprimiu-o, dizendo:

“Se, porém, uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros.” A principalidade resulta de causa econômica, ou de causa de estimação, ou de preponderância estrutural. Para E.

Windscheid *(Lehrbuch,* 1, 9º ed., 979), ser principal é dar o nome à outra, ou outras coisas, ou não poder essa, ou não poderem essas, existir mais sem aquela. Para CarI Crome *(System,* 1, 285), na falta de indicação legal, em primeira plana vem a concepção geral do tráfico, portanto principal é a coisa que mais corresponde ao todo, ou que mais valor lhe dá, ou que é determinante desse valor. Para H. Dernburg *(Pandekten,* 1, 7º ed., 485 s.) principal é a coisa que é fundamento fisico do todo. Para Fritz Schulz (System der Rechte auf den Eingriffserwerb, *Ardi iv fOr die civilistische Praxis,* 105, 364 s), não se há de perguntar à ciência natural, sim à ciência cultural. Mas há-se de atender ao elemento subjetivo na valorização (cf. E. Heilborn, *Die rechtsgestaltende Kraft der Sachuerbindung,* 114 s.). Tem-se de atender a estrutura ou imagem, que dá o nome, ou valor; não só à qualidade, nem só à quantidade (o dono de vinte peças é dono do todo se a coisa há de ficar somente com um, porém não se isso não ocorre, cf. 615, *§* 19. Se a separação é impraticável ou excessivamente dispendiosa, sem haver principalidade, subsiste a indivisão, — o que significa não ter ocorrido, nem ocorrer perecimento do objeto (art. 615 e *§* 19. Se houve má-fé, não se discute principalidade; o dono de boa-fé tem o direito de escolha entre ficar com o todo ou pedir indenização pelo que é seu (art.

616).

Se há especificação, regem os arts. 611-614: se não há redução possível, o especificador de boa-fé tem o todo, e o dono da matéria-prima ou de parte dela perde-a (art. 612); bem assim se o valor da espécie nova exceder, de muito, o da matéria-prima, ainda que de má-fé o especificador (art. 612, *§* 2º).

(III) Se a coisa fica em lugar de onde não pode ser retirada, perece para o mundo jurídico. Para quem observa só o mundo fático, a coisa está lá embaixo no abismo, ainda que se veja, ou ouça (e.g., animal caldo em abertura profunda da terra), no fundo do mar, ou no fundo do rio. Para quem considera o mundo juridico, pereceu, pois que de lá não se pode retirar. Por isso a propriedade do casco do navio se conserva até que se abandone ou renuncie a ela, ou até que se

caracterize a impossibilidade de retirá-lo. Se há seguro, o abandono pode não extinguir a propriedade (Código Comercial, arts. 753-760). Sobre os salvados, Código Comercial, arts. 731-739.

"Se a coisa perecer por fato alheio à vontade do dono, terá este ação, pelos prejuízos, contra o culpado" (art.

79). "A mesma ação de perdas e danos terá o dono contra aquele que, incumbido de conservar a coisa, por negligência a deixe perecer; cabendo a este, por sua vez, direito regressivo contra o terceiro culpado" (art.

80).

3.

Preclusão em virtude de exercitação do uso ou de prescrição. A servidão extingue-se pelo não-uso durante dez anos contínuos (arts. 710, 111 e 711). O usufruto, o uso e a habitação, pela prescrição (art. 739, Vi) e por terem passado cem anos desde que a pessoa jurídica começou de o exercer (art. 741).

Capítulo XII

Natureza da Prescrição em Direito Penal

§ 722. Conceito comum de prescrição

1.

Incertezas e elementos perturbadores da investigação científica. As pesquisas em torno da prescrição, quer por parte dos cientistas do direito privado, quer por parte dos publicistas, mas, especialmente, dos penalistas, foram comprometidas, profundamente, pela falta de precisão nos estudos de direito romano e pelo particularismo do

material de estudo. Se a prescrição fosse, para o civiuista e o comercialista, algo diferente do que é para o penalista, ter-se-ia, em boa lógica, de recorrer a nomes diferentes. Porém, ao se aplicar, num e noutro ramo do direito o mesmo método científico, teve-se de atentar no que há de comum entre a prescrição de direito privado e a prescrição de direito público, inclusive penal.

2.

Vacilação no direito penal. Já vimos, desde o começo desta obra, ao tratarmos das exceções, o que é exceção. Vimos, também, que a prescrição não é mais do que exceção. Em caminho, apontamos os erros dos que atribuem função extintiva à prescrição, confundindo-a com a preclusão; também exprobramos os que lhe atribuem natureza processual. Não insistamos; mas partamos das convicções adquiridas.

Quanto à prescrição em matéria criminal também se levantou o problema da sua construção. Que é que sofre com ela? O direito de punir, a pretensão à pena, ou só a acionabilidade, ou a processabilidade? » próprio supode fático fica atingido, de modo que a lei, que incidiu, deixa, no passado, de ter incidido? Concerne a prescrição apenas à processabilidade? Contra a última resposta afirmativa em questão está o fato de se tratar da prescrição penal no Código Penal, e não no Código de Processo Penal. Porém o argumento, de si só, não basta. De passagem, frisemos que Binding *(Handbuch,* II, 193) confundia a pretensão á tutela jurídica penal e a ação penal, pois que falava de exercício da ação penal sem haver crime (aliás, certo, ele mesmo, 193, 195, 545 e 810). Para ele (828 e 832), a prescrição era instituto do direito material *(* = não-existência da pretensão penal de direito material) e de direito processual *(* = pré-exclusão da execução penal), porém mais desse do que daquele. A referência a dados históricos, romanos ou não, sobre a processabilidade, é sem pedinência, tanto mais quanto, no direito romano, não é de admitir-se que não haja entrado no direito material (cedo, G.

Demelius, *Untersuchungen,* 39 s. e 77). Já J. Glaser *(Handbuch des Strafprozesses,* II, 4ª s.) advertia quanto à natureza mista (material-processual) da prescrição penal, e tinha-a como exceção peremptória, e isso influiu em muitos, inclusive em R. Franck. Apesar do seu esforço para esclarecer o problema, 1(. v. Risch ((Iber die rechtlichen Charakter der Kriminalvexjãhrung, *Festgabe* Dii Joseph von Held, 42) não se livrou da reminiscência histórica da duplicidade da prescrição,

material-processual, mas foi preciso em mostrar-lhe o pertencer ao direito material, como negação (?) da pretensão de direito material. Não deu conta do que se adiantara no estudo das exceções, em Teoria Geral do Direito. No direito privado e no direito público, a prescrição dá ao devedor o direito de, exercendo a exceção, recusar a prestação, sem que a pretensão desapareça (E Friedenthal, *flnwendung und Einrede,* 62). ~E em direito penal?

3.

Conceito comum de prescrição. Primeiramente, tem-se de separar o problema quanto à prescrição da ação penal, que, aliás, é prescrição da pretensão punitiva, que há de ocorrer *antes* de sentença trânsita em julgado, e quanto à prescrição da pena, que é prescrição *depois* de sentença que possa ser executada. A prescrição não extingue a pretensão punitiva; apenas lhe encobre a eficácia. A prescrição da pena encobre o direito à execução da pena, no que ele contém de pretensão executiva. Nada obsta, por isso mesmo, a que o sistema jurídico deixe fora do alcance da prescrição da pretensão, ou da prescrição da pena, algum efeito do direito ou da pretensão. Uma e outra apenas encobrem eficácia, dentro dos limites das regras jurídicas sobre prescrição. A prescrição da pretensão punitiva, dita prescrição da ação, é instituto de direito material; mas a prescrição da pena também éinstituto de direito material (sem razão, E. Beling, *Deu tsches Reichs-Strafprozessrecht, §* 21, nº 3; *Grundzúqe des Strofrechts,* 11) ed., *§* 3ª, 3, a).

(o) Nem no direito privado, nem no direito público, a prescrição tem como *ratio legis* a dificuldade de se provar, depois de transcorrido algum tempo, dívida ou crime. Nem os prazos prescricionais, em matéria penal, nem os prazos prescrícionais, em matéria privatística e nos outros ramos do direito público que o penal, atendem às diferenças de possibilidade da prova. A prescrição funda-se em que não houve, da parte do Estado ou do que poderia queixar-se, o interesse no exercício da pretensão punitiva, ou da pretensão à execução mandamental da pena. Os que ainda ligam a prescrição da ação penal ao direito processual como L.

Rosenberg (sobre isso, R. Werner, Beitrãge, *Zeitschrift fOr die gesamte Strofwissenschalt,* 36, 549, e 5.

Lourie, *Die Kriminalverjàhrung,* 81), ou a concebem como instituto misto qual R. Franck e os demais *(e.g.,* E. Mezger, *Strafrecht em*

Lehrbuch, 3a ed., 446 s., *Strafrecht,* 4º ed., 250), não apresentam um 50 argumento que abale a afirmação de que a prescrição da ação penal, prescrição da pretensão punitiva, pertence ao direito material. Não se trata de regra jurídica processual. Por outro lado, não há confundi-la com a preclusão da queixa (dita, no art. 107,1V, 2º parte, do Código Penal, "decadência"), nem com a perempção da queixa, porque apenas encobre a eficácia da pretensão punitiva.

(b) Quanto à prescrição da pena, a eficácia imediata manda mental (****) da sentença condenatóriaconstitutiva, que pode vir por adiantamento (e.g., nos crimes inafiançáveis), é eficácia no plano do direito material, como o é a eficácia executiva imediata ou mediata (***) da sentença condenatória cível.

Se a eficácia é imediata, a pretensão punitiva, como pretensão já mandamental ("execução da sentença *),* opera-se dentro de processo já existente; se mediata, a pretensão punitiva já mandamental opera-se mediante processo que se instaure. Não há pensar-se em continuidade de pretensão punitiva inicial, só condenatória, nem em pretensão processual; a pretensão punitiva é condenatória, constitutiva e mandamental, sucessivamente, salvo o adiantamento de execução mandamental. A sentença dá possibilidade à execução por mandado; não tem efeitos processuais de execução: é apenas degrau — no plano do direito material público

— para o cumprimento da pena. Razão por que, no próprio direito privado, a *actio iudicati* é inconfundível com a ação da *res in iudicium deducta,* mas de direito material.

A prescrição da pena e o indulto dizem respeito à eficácia mandamental, e a condenação-constituição fica; a prescrição da ação e a anistia atingem a ambas as ações, a de condenação e a constitutiva, e, evidentemente, a eficácia mandamental. Mas a anistia vai ao suporte fático, o que não se dá com a prescrição da ação ou da pena. O indulto extingue a eficácia da ação condenatória constitutiva, que é eficácia sentencial, pois que se condenou e se determinou a pena; a prescrição apenas encobre tal eficácia.

Através dos tempos, há conceito de pena que abstrai de conteúdo histórico preciso e que se pode encher com o castigo, com a reeducabilidade, com a diminuição de probabilidade de reincidência, com a simples penitência com a intimidação, ou o que quer que seja.

Que é, então, a pena? O problema passa a ser mais interessante e mais delicado quando se adverte em que os sistemas jurídicos soem admitir que a pena possa, depois da sentença, ser minorada, ou individualizada, ou corrigida em sua individualização, ou, ainda, ser suspensa a sua execução etc.

§ 723. Pena e sentença

1. *Pena.* Toda pena supõe diminuição de um bem da vida, ou eliminação dele. Há um *plus,* em relação à simples execução forçada, ainda quando a pena seja de ordem econômica. Em vez de se reparar o ilícito, no plano, portanto, só objetivo, atinge-se o sujeito. Pune-se, em vez de se condenar a ressarcir: a pena ésubjetiva, ainda quando se dilua em medidas educativas, reeducativas ou assistenciais, em que o sujeito ganha, em verdade, a despeito da intromissao estatal na sua esfera jurídica. Há, pois, ceda *especificidade* de ilícito jurídico, a que corresponde a sanção específica da pena. A reação penal é efeito da regra jurídica penal; mas, àdiferença das reações civis, a reação penal mais é contra o crime, o ato ou omissão violadora, em si, nas suas causas, do que nos seus efeitos; e, porque a pena vai contra a causa do crime, é mais subjetiva do que a reparação civil, mais ligada aos efeitos dos atos e das omissões. A eficácia é constitutiva negativa: diminuiu a esfera jurídica do criminoso condenado.

2. *Sentença penal.* As regras jurídicas penais contêm o *proeceptum Iegis* e a *sanctio legis* ainda quando o legislador pareça ter editado uma só proposição: os dois conteúdos hão de lá estar; e não se poderia conceber a incidência de regras jurídicas penais, ou a sua aplicação estatal, sem a *sanctio Iegis* especifica.

Quando se pede a aplicação estatal, a sentença ou *a)* édeclarativa, ou *b)* constitutiva, ou *c)* condenatória, ou *d)* manda-mental, ou *e)* executiva. O problema maior, desgraçadamente deixado sem suficiente indagação, por parte dos juristas, é o de se saber qual a carga de eficácia, ou quais as cargas de eficácia das sentenças penais *(a fortiori,* das sentenças criminais, porque, com isso, distinguiriamos, satisfatoriamente, as sentenças criminais penais e as sentenças criminais não-penais). As sentenças penais, de regra, são

condenatórias. Mas, e aqui bate o ponto, ~em que é que as sentenças penais se distinguem das outras sentenças condenatórias?

Dizer-se que a sentença penal condena, porém, não condana, e que a pena é *plus,* que se sobrepóe ao crime, mais do que o compensa, seria apontar-se a diferença entre as pretensões, e não entre as sentenças condenatórias penais e as sentenças condenatórias não-penais. A distinção tem de basear-se nas prestações a que se condena, ou na carga de eficácia das sentenças. A condenação não-penal é condenação *a que o réu preste;* a condenação penal é condenação *direta à prestação.* Na condenação civil, há o elemento condenatório preponderante, o declaratório imediato, o executivo mediato; na condenação penal, que é cumulação, há, na ação primeira, o elemento condenatório, o declaratório e o constitutivo, e, na segunda, o constitutivo, o condenatório e o mandamental, que envolve, desde logo, o executivo (anterior); de modo que a ação penal é do tipo:

Eficácia

Declarativa Constitutiva

Condenatória Mandamental

Executiva

****

*** ***** * **

* ***** *** ****

**

Dai a singularidade da execução penal, que não é *ação judicial,* mas cumprimento do *mandamento* judicial, elemento imediato da sentença condenatória penal, que é tipicamente condenatória-constitutiva mandamental.

Esse produto histórico, que perturba os juristas, permite que se relegue à administração pública a "execução": a carga ** de executividade não autoriza ação executiva, porque o mandamento judicial basta, e ao mesmo tempo a decisão do órgão judicial exaure a eficácia da sentença, ou, *pelo menos,* reduz a administração a executor do mandamento.

Enquanto as sentenças condenatórias civis, se não munidas de carga de executividade, *ficam* na condenação, as sentenças condenatórias criminais, que só têm, na ação cumulada, ** de executividade, se cumprem mandamentalmente. O seu tipo, na soma final, é anômalo:

Eficácia (soma)

Declarativa

Constitutiva Condenatoria Mandamental

Executiva

**

**** ***** *** *

(Praevia quaestio)

na segunda fase; de modo que a sentença, nas ações cumuladas, é condenatória-constitutiva, uma vez que a vemos sem a cisão lógica. O elemento mandamental, esse, que fora pequeno, cresceu na segunda fase lógica, dando a soma ~. O elemento executivo, mediato na primeira fase lógica, decresce na segunda, porque o cumprimento da parte primitiva da sentença se fez, historicamente, de mandamento.

~Por que se *pune,* e não só se condena ao ressarcimento? E aqui que se tem de versar o problema do fundamento da pena, que é pré-juridico e dc técnica legislativa. Não basta dizer-se que se precisa punir, para que diminuam as probabilidades de crimes. Nem que se pune porque ao mal, que é o crime, se se há de opor a ação do Estado, em revide, o que justificaria, de si só, o *malum* posterior.

O direito processual penal nada tem com o problema do fundamento da pena. Ao direito penal (direito material penal) já interessou; e nele já se resolveram as questões, ao se editarem as regras sobre o crime e sobre a pena. Durante o processo, só a aplicação do direito penal pode

trazê-lo à balha.

Na espécie do art. 485, VI, 1ª parte, do Código de Processo Civil, não há ofensa à coisa julgada na ação cível por parte da sentença criminal: apenas a lei exigiu e julgou bastante como elemento do suporte tático da regra jurídica sobre rescisão da sentença cível, por falsa prova, o existir ou sobrevir sentença criminal sobre o elemento principal, de fato, do julgamento cível. A pretensão, para essa espécie, é diferente da que surge ao trânsito em julgado da sentença cível, se o fundamento é o do art. 485, VI, 2º parte. Antes do trânsito em julgado da sentença criminal não há a pretensão do art. 485, VI, 1ª parte, posto que já haja a do art. 485, VI, 2º parte.

O

elemento declarativo, que foi na ação de condenação, passou a ser na ação de determinação da pena; donde a carga somada *, mediata *(quaestio praevia)*. O elemento constitutivo, na primeira ação, fez-se ****

(preponderante), na segunda; donde, na carga somada, ~ O elemento condenatório apresentou preponderância, ao longo do tempo, e apenas se mediatizou

Capítulo XIII

Prazos Prescricionais e Lei Especial

§ 724. Direito cambiário e cambiariforme

1.

Direito cambiário e *cambiariforme.* A prescrição da ação cambiária, com rito executivo ou ordinário, é regulada pelos arts. 52 e 53 da Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 19O8. O que prescreve é a pretensão cambiária. Se havia entre o podador e o obrigado negócio jurídico subjacente, justajacente ou sobrejacente, pode esse ter estabelecido relação jurídica entre eles, cuja pretensão não esteja prescrita. Era isso o que devia ter dito o Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 20 de abril de 1944 *(RF* 99/ 468 s.); em vez disso, afirmou que a pretensão Cambiária não prescreve nos prazos dos arts. 52 e 53 da Lei nº 2.044, — prescreveria, tão-só, o remédio processual *(.* E preciso não se confundirem a ação de cobrança, que prescreve e não pode ter, após a prescrição, processo de rito ordinário, e a ação de enriquecimento injustificado (cp.

Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 2 de maio de 1944, RF 99/465). A ação de enriquecimento injustificado tem rito comum, prescreve em cinco anos, contados do locupletamento (por desoneração da responsabilidade cambial). Se houve prescrição, desde esse dia conta-se o prazo. Se não houve enriquecimento, como se o sacador nada recebera do portador, nem de alguém de quem o portador adquirira o título cambiário, ou de alguém de que aquele adquirira, não há a pretensão de enriquecimento injustificado.

Idem, se o sacador recebera, porem o podador nada despendera (cp. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, 15 de abril de 1943, RF 100/56). A V Câmara Civil do Tribunal de Apelação de Minas Gerais, a 5 de junho de 1944 (RF 100/307) diz que a ação de enriquecimento cambiário não écambiária, de modo que, prescrita a pretensão cambiária, ainda não prescreveu a pretensão por enriquecimento injustificado. A conclusão está ceda; a premissa, errada. O direito cambiário somente remeteu ao direito comum, a respeito da capacidade (Lei nº2.044, art. 42); não, a respeito de tempo de prescrição. Só as causas de interrupção, segundo a lei comercial, hão

de ser atendidas. E interessante observar-se que o acórdão citado e os outros, que dizem não-prescrita, in *casu,* a ação de enriquecimento injustificado, não explicuam qual o prazo da prescrição. ~lriam buscálo no direito civil? O direito civil desconhece, de todo, essa pretensão. Os arts. 964-971 do Código Civil somente cogitam do enriquecimento por erro do que sofreu o dano. A pretensão tem outro fundamento e é *outra* pretensão que a do art. 48 da Lei nº 2.044. Iriam buscá-lo à lei comercial? O Código Comercial nada disse; e somente se tem tomado regramento jurídico, subsidiário, ao Código Civil, arts. 964-97 1. Parece que já é tempo de deixarmos de dar palpites, em assuntos tão sérios. Não se pode dizer que a pretensão não está prescrita, sem sabermos qual o prazo da prescrição e onde está a regra jurídica, que o fixe. Por analogia?

Então, seria, em primeiro lugar, com a própria lei cambiária, arts. 52 e 53; em segundo lugar, se aquela analogia não caberia, com a lei comercial.

2. *Ações cambiárias.* E característico do direito cambiário o propósito de fixar breve eficácia às obrigações cambiárias, a fim de que à energia do processo corresponda a rapidez com que se extinguem as ações cambiárias. Sendo muitos, como podem ser, os obrigados cambiários, a exiguidade de vida das ações fez-se, de si só, necessária, principalmente quanto aos endossantes e aos seus avalistas. Tanto a Lei brasileira quanto a Lei uniforme atenderam a essa exigência de boa política legislativa: a pretensão e a ação contra o sacador, o aceitante e os respectivos avalistas duram mais tempo que a pretensão e ação contra o endossante e o seu avalista. E de notar-se, porém, por sua importância técnica, que o direito uniforme introduziu nova distinção: as pretensões e ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em menor tempo que as pretensões e ações do podador contra os endossante e contra o sacador. Certo, não se hão de confundir a prescrição e a preclusão do direito, qual ocorre no art. 32 da Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908, quando diz que o podador, que não tira, em tempo útil e forma regulamentar, o instrumento do protesto da letra de câmbio, perde o direito de regresso contra o sacador, os endossantes e os avalistas. No direito brasileiro e no direito uniforme, a noção de prescrição cambiária é a de ineficácia da pretensão e da ação —

talvez melhor disséssemos, mas, aí, sem grande interesse prático, da pretensão, *tout court.* Não se dá a destruição do direito cambiário; quanto a esse, o que ocorre é que se lhe opõe exceção, que o

neutraliza. A relação continua entre as partes; apenas ao direito fez-se encobrível a pretensão e, com ela, a acionabilidade.

Uma das consequências é a de que o obrigado cambiário, posto que livre do *plus* específico da ação do titular do direito, tem a faculdade de adimplir, por vontade própria, com plena consciência de se liberar de dever jurídico. Assim, aquele que paga o que deve, em virtude de obrigação cambiária cuja correspondente pretensão está prescrita, não pode repeti-lo (Código Civil, art. 970), ainda mesmo se o fez na errônea persuasão de não estar prescrita a ação cambiária. Grandes erros nos escritores e na jurisprudência provêm de não atenderem a que a prescrição concerne à pretensão e à ação, e não ao direito. Outrossim, de não meditarem em que a prescrição éfixada no interesse dos obrigados, que, uma vez ainda adstritos ao dever jurídico, podem, por sua vontade, exeqúi-lo. O que é de interesse geral é a cogência, é a inderrogabilidade das regras concernentes à prescrição cambiária. A doutrina dos nossos dias pôs completamente de lado qualquer alterabilidade do tempo da prescrição, por parte dos obrigados, quer a seu favor, quer contra si mesmos. Se vale modificação extracambiária depende do direito comum, e a resposta desse, no Brasil, é também contrária a qualquer autonomia em matéria de prescrição. Tampouco seria admissível conseguir-se esse resultado, com alguma cláusula que afastasse o remédio cambiário específico.

A prescrição cambiária, pois que concerne a ações de interesse privado e da economia privada, não pode ser declarada, de oficio, pelo juiz. Uma vez que o direito cambiário persiste, e só a pretensão e ação se encobriram (prescrição é exceção, portanto há encobrimento da pretensão e da ação), nada obsta a que o obrigado renuncie à exceção que tem. A doutrina cambiária, nesse ponto, é assente, e sentença em que se julgasse, de oficio, prescrita pretensão cambiária, ou prescrita qualquer outra ação cambiária, seria contradireito e, em consequência, suscetível de rescisão. A respeito de prescrição, cumpre atender-se a que é ela exceção. Só o seu titular a pode opor Assim, levado o título a protesto, não pode o oficial do protesto recursar-se a tirar o protesto, como o juiz não poderia recusar-se a deferir a petição inicial de ação de condenação, ou executiva. O apresentante é que pode ser condenado a indenizar, se fora alegada a prescrição.

Tanto o reconhecimento da obrigação cambiária (direito subjetivo cambiário) quanto a renúncia a ele ou à prescrição da pretensão e

ação cambiária têm forma livre. Nem o rigor cambiário vai até aí, nem existe qualquer princípio de direito material que exija forma especial. E de mister ter-se sempre em vista que as obrigações cambiárias são autônomas, ainda quando se dê convergência delas no mesmo obrigado, ou no mesmo titular do direito cambiário; de modo que não há renúncia geral, global, à prescrição da letra de câmbio, porque em toda letra de câmbio não há prescrição — há prescrições.

A Lei nº 2.044, art. 5º, conhece dois tempos de prescrição: a) um, para as ações contra o sacador, o aceitante e os avalistas do sacador e do aceitante, devendo-se também compreender aplicável à ação cambiária contra o avalista do avalista (ou avalistas) do sacador, ou à ação cambiária contra o avalista do avalista (ou avalistas) do aceitante; *b)* outro, para as ações contra o endossante e seu avalista, cabendo também entender-se aplicável à ação cambiária contra o avalista do avalista do endossante. Diz o art. 5º, nas suas duas alíneas: "A ação cambial, contra o sacador, aceitante e respectivos avalistas, prescreve em 5 (cinco) anos. A ação cambial contra o endossador e respectivo avalista prescreve em 12 (doze) meses.

Os tempos de prescrição fixados para as ações cambiárias contra o sacador, o aceitante, os endossantes e os avalistas, também se referem às ações cambiárias diretas (Lei nº 2.044, art. 46) contra o que se disse representante, sem o ser, ou sem ter os poderes suficientes, daqueles.

A letra de câmbio em branco oferece aspecto próprio, em se tratando de prescrição. Entre aqueles que conhecem, ou desde o momento da emissão, ou posteriormente, ao adquirirem, ou depois, mas antes do vencimento, a data em que se deveria vencer, por vontade do criador da letra de câmbio, conta-se a prescrição do vencimento convencionado. Claro que tal vencimento não éoponivel ao tomador da letra de câmbio já completa, salvo se, àaquisição do titulo, estava de má-fé, ou em culpa grave, isto é, se conhecia ou devia conhecer a data convencionada do vencimento. A aparência do vencimento protege todos os possuidores de boa-fé. (Na Lei italiana, art. 14, adotou-se decadência de direito de encher a letra de câmbio em branco, que é o de três anos de emissão do título. O direito uniforme deixou liberdade aos Estados em todo o assunto de cambial em branco.)

A prescrição das ações cambiárias começa de dia fixo, segundo regras explicitas da legislação cambiária (Lei nº 2.044, art. 53:

“O prazo da prescrição é contado do dia em que a ação pode ser proposta; para o endossador ou respectivo avalista que paga, do dia desse pagamento.”). Desde o momento em que a pretensão nasce, em que a ação pode ser proposta, o início é peremptório, nenhum impedimento, quer de ordem pessoal, quer de ordem impessoal, pode obstar-lhe. Nem força maior, nem caso fortuito, nem outras causas são suscetíveis de quaisquer efeitos. Não cabe invocar-se o direito civil, se bem que certos preceitos de não correr incidam, individualmente, como interruptivos, porém não em direito cambiário (e.g., para a ação de direito comum).

Ainda entre cônjuges, corre a prescrição. Sempre que a lei quis dar à força maior e ao caso fortuito efeitos cambiários, fez-lhes referência explicita, nunca porém os admitiu, explicita ou implicitamente, em matéria de prescrição. Se a ação contra o obrigado de regresso, no caso de força maior, somente nasce com o protesto após ela, não se pode dizer que se tenha levado em conta, para a partida da prescrição, o acidente da força maior. A ação ainda não havia nascido.

A prescrição, no direito uniforme, corre do dia do vencimento, ainda que dia festivo, e termina no último dia do terceiro ano, ainda que esse também o seja. No direito brasileiro, o obrigado principal tem todo o dia do vencimento para pagar, de modo que a ação há de ser proposta no dia seguinte. Quanto aos obrigados de regresso, corre, no direito basileiro, do dia em que se tirou o protesto, porque já então é possível propor-se a ação.

Nos casos de letra de câmbio à vista, ou a tempo de vista, com termo para apresentação, a prescrição corre do último dia do termo ou da apresentação. Se a letra de câmbio à vista foi aceita antes de ser emitida, também a prescrição corre da apresentação, ou do último dia do termo para apresentação, quer seja estipulado na letra de câmbio, quer legal. Se à vista, com cláusula de apresentação para aceite, não tem importância se esse foi datado ou não, se lançado antes ou depois da emissão, se ao tempo da apresentação ou se posteriormente, porque o aceite não significa vencimento: o vencimento só se dará quando o podador apresentar. (A hipótese interessa a todos os sistemas jurídicos que admitem a letra de câmbio à vista, com cláusula de apresentação para aceite.) A apresentação é imprescindível, para que se comece a contar a prescrição antes de terminar o termo marcado ou legal para a apresentação. Na falta de apresentação, quer na letra de câmbio à vista com aceite datado, quer na letra de câmbio a tempo cedo de vista com aceite sem data, inicia-se o tempo da prescrição com o

findar o último dia possivel para a apresentação (errada, a Corte de Apelação de São Paulo, 24 de janeiro de 1935).

Mais: os prazos fixados pelo criador da letra de câmbio ou pela lei são de grande importância para os obrigados de regresso, porque eles só são obrigados se a apresentação se fez dentro do termo. A apresentação é insubstituível. Em mãos do podador a letra de câmbio, sem ser apresentada, nenhuma prescrição correu, e o seu direito contra os obrigados de regresso precluiu. Note-se bem: não se trata de *prescrição de pretensão* ou de *prescrição da* ação e sim de *preclusão de direito* (Lei nº 2.044, art. 99).

Principia a prescrição da pretensão e ação contra obrigado de regresso, para o possuidor do título cambiário, do dia do protesto tempestivo da letra de câmbio. Para os endossantes e os avalistas, do dia em que efetuaram o pagamento, ou do dia em que se promoveu a ação de reembolso. Sempre que o protesto éexigido para a ação, do dia em que deveria ser tirado é que se conta a prescrição.

Para quem paga como interveniente, a prescrição contra os obrigados de regresso corre do dia do pagamento e o tempo não é aquele que se fixa para a prescrição contra o obrigado a favor de quem interveio, mas o próprio, posto que coincida ser o mesmo. Contra o aceitante ou seu avalista, só se conta prazo prescricional da data do vencimento.

O avalista do aceitante, que paga por ele, tem ação cambiária prescritível em cinco anos para haver o reembolso. O tempo não corre desde o pagamento, e sim desde o *vencimento,* como no tocante à pretensão e ação do podador contra o aceitante (certos, Paulo de Lacerda, *A Cambial,* 4º ed., 471; José Maria Whitaker, *Letra de Câmbio,* 2e ed., 267; contra, Ribeiro de Sousa, *Cambial,* 202; Magarinos Tôrres, Nota *promissória, 4ª* ed., 446-449). Se não pagou, liberado o aceitante, com ele se libera.

Contra os endossantes anteriores e respectivos avalistas, o endossante que paga tem doze meses, para se reembolsar, e conta-se o tempo do dia em que pagou, quer o tivesse feito amigavelmente, quer pelo ressaque, quer diante da intimação judicial. Há ponto, porém, que é preciso discutir-se: sendo a ação cambiária de cobrança munida de executividade, ~de quando se deve contar o tempo para a prescrição da ação de reembolso? ~Do dia em que se paga, se o pagamento

ocorre durante o processo, ou do dia em que passou em julgado a sentença de adjudicação da quantia apurada na execução, ou do dia da intimação, e respectiva penhora dos bens? O processo executivo começa pela execução; se não é definitivo o reembolso, já começou ele. Todavia, surge argumento oposto: antes do pagamento efetivo, não é possível usar-se a ação de regresso.

A lei brasileira fala de pagamento e parece que afasta considerar-se como tal a penhora. Cumpre observar-se que o endossante que acabou por pagar, se a ação durou mais de doze meses tem de provar o seguimento da ação ou das ações contra ele, sem se ter preenchido o tempo de doze meses a fim de que se faça a aparente liberação do obrigado de regresso. A doutrina tem pretendido que, prescritas pretensão e ação contra o obrigado principal, seriam absorvidos os tempos das prescrições relativas ao regresso, por ser inadmissível que o obrigado de regresso respondesse além do tempo em que haveria de responder o obrigado principal (Lorenzo Mossa, *La Carnbiale secondo la nuoua legge,* Parte seconda, 74ª; cf. José Maria Whitaker, *Letra de câmbio,* 2º ed., 368); mas, se não parece que a Lei nº 2.044 dê base a tal conclusão, ela resulta dos princípios mesmos do direito cambiário: a autonomia e independência das obrigações.

(Não há discutir-se a opinião daqueles que entendem que a ação contra o aceitante e respectivo avalista, por aquele que pagou, corre, pois que em regresso, desde o pagamento; a Lei não distinguiu, e não há prescrição além dos cinco anos, a contar do vencimento. Considerações *de lege ferenda* não cabem. Sem razão, portanto, os que querem que a ação do avalista do aceitante contra esse, se pagou nas vésperas de se completar a prescrição quinquenal, ainda tenha cinco anos. Dizer-se que é reduzi-lo àsituação aflitiva, qual a de ser obrigado a pagar sem ter tempo para cobrar, é improcedente, porque só é obrigado a pagar enquanto a ação perdura e, no momento de pagar, deve saber que a lei não lhe deu outro prazo que aquele a que ficou subordinada toda ação contra o aceitante.)

Quanto à interrupção e à suspensão cambiária, regem os princípios já expostos sobre a prescrição em direito comercial.

3.

Enriquecimento carnbiário injustificado. A pretensão e a ação de enriquecimento injustificado cambiário foram criadas para o caso de

prescrição da pretensão cambiária, se alguém se enriquece. Não é de estranhar-se que alguns juristas tenham recorrido ao direito comum para solução de problemas concernentes ao enriquecimento injustificado cambiário, ou que, *de lege feren da,* escritores renunciem à perfeita entrosagem da ação de enriquecimento injustificado na teoria do titulo cambiário. A verdade impôsse: a ação de enriquecimento injustificado cambiário é cambiária.

Trata-se de *condictio* que o direito cambiário criou, principalmente para o caso de prescrição da ação cambiária, e é de lamentar-se que a Corte de Apelação de Pernambuco, a 15 de março de 1935. tenha afastado o direito de certo podador, que pedira condenação por locupletamento, exatamente no caso mais típico de ação de enriquecimento injustificado cambiário, em todos os tempos e em todas as doutrinas, o de prescrição da pretensão. Certo, o julgado do Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a 11 de junho de 1931 (ação depois do título prescrito). Diz o art. 48 da Lei nº 2.044, de 31 de dezembro de 1908:

"Sem embargo da desoneração da responsabilidade cambial, o sacador ou aceitante fica obrigado a restituir ao portador com os juros legais, a soma com a qual se locupletou à custa deste. A ação do podador, para este fim, é a ordinária." A jurisprudência brasileira já se pronunciou sobre a ação de enriquecimento injustificado cambiário, em caso de caducidade (falta de protesto para a ação cambiária específica contra o sacador), decidindo-a de acordo com a doutrina (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 19 de outubro de 1923). A ação cambiária é adstrita aos termos precisos do art. 48 da Lei nº 2.044, e também nesse ponto a Justiça está com os princípios (Superior Tribunal de Justiça do Amazonas, 13 de janeiro de 1923, *RD* 70/603). Alguns juristas e juizes, confundindo ação de enriquecimento injustificado cambiário com a ação de enriquecimento injustificado do direito comum, queriam que pudesse ser usada contra qualquer outro obrigado cambiário, chegando-se a dizer que o art. 48 apenas reafirma, enfaticamente, princípio banalíssimo. Isso, por influência de João Henrique Ulrich *(A Ação* de *Iocupletamento no direito comercial português,* 1, 202), que escrevera para o direito português, onde não existia texto de lei cambiária, e a ação, por isso mesmo, se existia, era de direito comum, e, sendo de direito comum, não poderia ser somente contra o sacador e o aceitante. Não é legítimo tal procedimento interpretativo de artigo explícito, de claríssimas origens germânicas, como o art. 48

da Lei nº 2.044.

Se prescreveu a ação contra o sacador ou o aceitante, o enriquecimento injustificado se dá *então,* portanto nesse dia é que a pretensão e a ação correspondente nascem: os cinco anos para a propositura da ação do art.

48 contam-se desse dia em que a pretensão nasceu, pois que a outra, *ex hypothesi,* prescreveu e, em consequência, o enriquecimento injustificado se deu. Se o possuidor perdeu, por falta de protesto, o direito cambiário contra o sacador, do dia em que o perdeu é que se conta o tempo da prescrição da pretensão do art.

48. Se pode o autor propor a ação de enriquecimento injustificado cambiário, no pedido da ação cambiária específica, para o caso de se lhe negar aquela, depende do direito processual, tanto mais quanto, como veremos, é possível prova de não ser útil a ação cambiária específica ainda não-prescrita. O direito processual é que responde quanto à existência, ou não, de principio da invariabilidade da demanda.

É assaz importante para se saber de quando se começa a contar o prazo prescricional da ação de enriquecimento injustificado cambiário o fixar-se quando deixou de existir a ação cambiária específica. Se ainda existe ação direta ou de regresso contra algum dos coobrigados, inclusive contra o avalista do sacador, ou o avalista do aceitante, ou o avalista do avalista, a ação não pode ser intentada: não nasceu. Resta saber-se se a existência de ação dependente da causa afasta o nascimento da ação de enriquecimento injustificado, ainda que seja contra algum dos outros coobrigados. Não há dúvida que o réu pode opor haver esse meio para o ressarcimento do portador e não se compreenderia a apuração de diminuição no patrimônio do podador, sem se levar em conta a perduração de elemento positivo, como é a existência de ação causal ou qualquer outra ação de direito comum contra algum dos obrigados, desde que concerne ao título. Cumpre, porém, admitir a possibilidade de dar o autor da ação de enriquecimento injustificado cambiário demonstração de não lhe poder ser útil a ação causal ou de direito comum. Aliás, se, ainda quando não-prescrita a ação cambiária específica, há evidência de que seria inutilmente proposto o remédio específico, a ação de enriquecimento injustificado cambiário é de todo cabimento.

4.

Marcas de produto ou serviço, de certificação e coletivas. Na Lei nº 9.279,

de 14 de maio de 1996, o art. 165 disse que “énulo o registro que for concedido em desacordo com as disposições desta Lei”, em regra jurídica coextensiva à que se editou quanto à invalidade também das patentes de invenção e de modelo de utilidade (Lei nº 9.279, art. 46), bem assim do registro de desenho industrial (art. 112). No art. 174, acrescenta-se: “Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da sua concessão.“ E no art. 173: “A ação de nulidade poderá ser proposta pelo INPI ou por qualquer pessoa com legítimo interesse.” A primeira observação a fazer-se é quanto à ação constitutiva negativa, de que aí se fala.

Não se trata de ação de nulidade, mas de ação de anulação. O registro é apenas anulável. Por isso mesmo, expirado o prazo preclusivo (não se trata de prazo prescricional) de cinco anos, o registro fica incólume a qualquer ação constitutiva negativa por anulabilidade. Assim, a ação, em caso de registro de brasões, armas, medalhas, bandeiras, emblemas, distintivos e monumentos oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como as respectivas designações, figuras ou imitações, prescreve em cinco anos (Lei nº

9.279, arts. 124, 1, e 174). Também prescrevem em igual prazo as ações de anulação do registro concedido com violação a qualquer das espécies do art. 124, II-XXIX. Tais ações de anulação não se confundem com a ação de nulidade do registro por incompetência de repartição pública; nem, tampouco, com a ação declaratória negativa, se é o caso. Fora do INPI, é legitimado ativo quem tenha legitimo interesse (Lei nº

9.279, art. 173, *pr.)*.

Estatuiu a Lei nº 9.279, art. 127: “Ao pedido de registro de marca depositado em país que mantenha acordo com o Brasil ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos.” E o *§* 1º: “a reivindicação da prioridade será feita no ato de depósito, podendo ser suplementada dentro de 60 (sessenta) dias, por outras prioridades anteriores a data do depósito no Brasil.” No *§* 2º: “a reinvindicação da prioridade será comprovada por documento hábil da origem, contendo o número, a data e a reprodução do registro, acompanhado de tradução simples, cujo teor será de inteira responsabilidade do depositante.” No *§* 3º: “se não efetuada por ocasião do depósito a comprovação deverá ocorrer em até 4 (quatro) meses, contados do depósito, sob pena de perda da prioridade.” Finalmente, o *§* 4º:

"tratando-se de prioridade obtida por cessão, o documento correspondente deverá ser apresentado junto com o próprio documento de prioridade." O prazo do art. 127, *§ 3º,* é preclusivo do *efeito de prioridade,* a exemplo do que se passa com o prazo do art. 16, *§* 70; cp. o art. 99. Se há disputa sobre prioridade entre marcas depositadas no estrangeiro, o que alega a prioridade tem de fazê-lo em até quatro meses, contados do depósito, com a produção das provas referidas no art. 127, *§* 2º e 4ª Se a discussão do art. 127, *§§* 1º-3º, foi estabelecida, entende-se que houve exercício da *pretensão à eficácia priora?,* a que se refere o art. 127

(eficácia prioral intra-estatal), além do exercício da *pretensão à eficácia priora!* interestatal (art. 127, *§§* 1º-

39.

No Decreto-Lei nº 7.903, art. 112, disse-se: "Sempre que o titular do nome comercial com registro local tiver conhecimento de existência de nome idêntico, com registro federal, poderá, dentro de cinco anos, a contar do registro federal, suscitar perante o Departamento Nacional da Propriedade industrial o conflito de prioridade, para que o Depadamento verifique qual dos dois nomes é de uso anterior." Não se tratava de ação constitutiva negativa, mas de ação de declaração de eficácia de um e de ineficácia de outro. O prazo era preclusivo; expirado, o registro eficaz, como se primeiro tivesse sido, se o não fora, era o registro federal.

A ação era evidentemente declaratória, porém precluia no que concerne à verificação da prioridade, porém precluia a pretensão após cinco anos a contar do registro *federal.* Não se falou em anulação ou modificação do registro federal, de modo que, para se desconstituir o registro, seria preciso propor-se a a ação *constitutiva negativa* (não, anulação do registro, mas modificação, porque só era anulável a atribuição de denominação).

A ação administrativa de prioridade nada tinha, pois, com a ação de modificação que se processava segundo o Decreto-Lei n0 2.627, de 26 de setembro de 1944, que era mandamental-constitutiva negativa, à semelhança da ação de nulidade de parte do registro ou ação civil de modificação do registro, que é ação constitutiva negativa. "A ação de nulidade de registro" — diz o art. 175, *pr.,* da Lei n0 9.279, de 14 de maio de 1996 —

"será ajuizada no foro /da justiça federal e o INPI, quando não for

autor, intervirá no feito." O legitimado passivo tem o prazo de sessenta dias paera resposta. Procedente a pretensão constitutiva negativa, que tem retroeficácia à data do depósito do pedido (art. 167), e passada a sentença em julgado, "o INPI publicará a anotação, para ciência de terceiros"(art. 175, *§* 2º).

Aqui estão apenas exemplos de prazos prescricionais especiais. O Tomo VI é apenas um dos tomos da Parte Geral do Direito Privado e nele tínhamos de tratar do que é *geral* quanto às exceções, principalmente a de prescrição. Na Parte Especial, cogitar-se-á das particularidades de cada matéria e suas pretensões, ações e exceções.

A Lei nº 810, de 6 de setembro de 1949, arts. 1º e 2º, não derrogou o Código Civil, que, no art. 125, rege os prazos negociais e de atos jurídicos *stricto sensu.* O art. 1º disse: "Considera-se ano o período de doze meses, contado do dia do início ao dia e mês correspondente ao ano seguinte." Tal é, também, a regra jurídica, não-escrita, a respeito dos prazos insedos em negócios jurídicos ou em atos jurídicos stricto *sensu.* No art. 2º, estatuiuse: "Considera-se mês o período de tempo contado do dia do início ao dia correspondente ao do mês seguinte." Aqui, os prazos dos atos jurídicos *stricto sensu* ou dos negócios jurídicos e os legais são diferentes: mês, naqueles atos, é o período de trinta dias; mês, nos atos legais, é o mês concreto. No art. 30, acrescentou-se: "Quando no ano ou mês do vencimento não houver dia correspondente ao do início do prazo, este findará no primeiro dia útil subsequente." A Lei nº 810 não derrogou o art. 125. Reafirmou o direito anterior, fora do que concerne a manifestações de vontade nos atos jurídicos *stricto sensu* e aos negócios jurídicos.

Capítulo XIV

Causas de Extinção e Prescrição

§ 725. Extinção, conceito

1.

Causas *de extinção.* Os direitos, as pretensões, as ações e as exceções extinguem-se por muitas causas. a) O ato de disposição é uma delas: o titular do direito ou da pretensão dispõe do que tem. *b)* Pode dar-se que se extinga pelo fato de outrem exercer direito formativo extintivo, razão por que se diz que esse direito énegativo. *c)* Terceira causa é a preclusão, que ocorre pelo decurso de tempo, sem exercício, como fato atribuido ao titular, — o que se não há de confundir com a resolução, oriunda de incidência do art. 1.092, parágrafo único, ou de cláusula negocial, nem com a condição resolutiva, nem com o efeito do perdão ou da renúncia, nem com a perda de eficácia, no que incorreu A. von Tuhr *(Der Allgemeine Teil,* 1, 93). *d)* Outra causa é o ato jurídico unilateral extintivo, como o perdão, ato jurídico *stricto sensu,* e a renúncia, negócio juridico. *e)* Outra, a desconstituição, judicial; *e.g.,* perda do pátrio poder (art. 395; Código Penal, art. 92, II), desconstituição, pela sentença em ação de denúncia da locação, e desapropriação. fl Outras, a resolução e a resilição, ex *lege* (após sentença, art. 1.092, parágrafo único, ou não), ou por eficácia negocial, o advento da condição resolutiva, a expiração do prazo resolutivo e a rescisão. *g)* Ainda a chamada suplantação *(Verdrdngung)* do direito pelo nascimento de outro, com ele incompatível. 14 A reunião de dois direitos, um constituinte e outro constituído, na mesma pessoa *(e.g.,* quanto a obrigações, arts. 1.049-1.052; quanto às servidões, art. 710, 1; quanto ao penhor, art. 802, V; quanto ao usufruto, art. 739, V, uso, art. 745, e habitação, art. 748), *i)* Ainda, o perecimento do objeto; quanto aos direitos reais, de regra; quanto aos créditos, se não há culpa do devedor, arts. 864 e 865, alínea 1º, 882 e 888, devendo-se explicitar que, fora dai, a perda do patrimônio do devedor não extingue a obrigação (pode reencher-se), nem pela morte, porque os herdeiros sucedem na dívida, dentro das forças da herença, e o próprio esgotamento da herança não extingue o crédito (sem razão, O. von Gierke, *Schuld* und I-Ioftung, 207), pois que apenas têm os herdeiros a defesa (não simples exceção permanente, como pensava A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teil,* II, 94) do art. 1.796 e, se o devedor era pessoa juridica, enquanto há bens a divida pode ser cobrada e subsiste, após a liquidação, a despeito de ser incobrável. j) O exercício (dito exercício exauriente) pode extinguir o direito, a pretensão, a ação ou a exceção, — tal como acontece com os créditos, os direitos formativos (geradores, modificadores ou extintivos) e os direitos reais de garantia. A satisfação exaure e extingue. Daí ter-lhes H. C. Hirsch (Die *Übertragung der* Rechtsausúbung, 69) dado o nome de direitos finalísticos *(Zweckrechte),* que se distinguem dos direitos inexauríveis, que se podem exercer sem que se exauram, enquanto duram. Chamou-

os Zustandsrechte, direitos de situação, A. von Tuhr *(Der* Allgemeine *Teil,* II, 95), mas a impropriedade do termo ressalta, além de se prestar a confusão com os direitos pedinentes, isto é, que estão inclusos ou defluem de outros.

2. *Alcance da* extinção. A extinção dos direitos, pretensões, ações e exceções é definitiva: não se pode revogar o perdão, nem a renúncia; nem, com maioria de razão, extinguir-se a extinção. A extinção é apagar o *stilum,* a picada, a marcação; depois, nada resta. Só excepcionalmente o direito admite que o extinto renasça, reflua, isto é, que sem nascer novo direito, pretensão, ação, ou exceção, o direito extinto, a pretensão extinta, a ação extinta, a exceção extinta ressuscite, volte à vida, emerja do nada em que entrara. No art. 1.059, diz-se que, "cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior.

Teixeira de Ereitas, no *Esbôço,* art. 1.195, escrevera:

"Se a confusão vier a cessar por um acontecimento posterior que restabeleça a separação das qualidades de credor e de devedor reunidas nas mesmas pessoas, as partes interessadas serão restituidas aos direitos temporariamente extintos e a todos os acessórios da obrigação." Cf. Código Civil português, art. 873, 1, argentino, art. 867, e uruguaio, art. 1.548, e Código suiço das Obrigações, art. 118, alínea 2ª. Os direitos que nascem de títulos ao podador ou de títulos endossáveis extinguem-se pela confusão, mas ressurgem com a cessação da confusão (com a posse ou o endosso a outrem que o criador do titulo). As servidões extinguem-se pela confusão (art. 710, 1), sendo, porém, de notar-se que a confusão só tem efeito extintivo com o cancelamento (art. 711) e o ressurgimento depende de ato que se registre. Para se evitar a idéia de ressurreição, procurou-se falar de "repouso do direito", *Ruhen des* Rechts, mas direito, pretensão, ação e exceção são *efeitos,* ou existem, ou não existem, ou estão encobedos por exceção, e na espécie o direito, a pretensão, a ação, ou exceção, deixou de existir *(* = deixou de ser efeito), e volve a sê-lo, com a cessação da confusão. Não repousava; na verdade, extinguiu-se: volve a ser efeito. Nenhuma parecença tem isso com a suspensão do pátrio poder (art. 394, *in une).* A mãe, que contrai novas núpcias, perde o pátrio poder e, inviuvando, o recupera (art. 393), — o que mais se aproxima da perda de direitos pela confusão e ressurgimento pela cessação da confusão. No caso do menor que se casa sem ter ainda idade nupcial (arts.

214 e 215), o pátrio poder não repousa (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aliqemeine Teu,* II, 95): *ainda* não nasceu.

Pode dar-se que à extinção de um direito corresponda nascimento de outro a favor de outrem, ou vice-versa.

Pode nada corresponder, ou apenas liberação de outrem.

§ 726. Encobrimento e extinção, modificação

1.

Encobrimento de eficácia e extinção. É preciso que se não confundam o encobrimento de eficácia e a extinção de direito, pretensão, ação ou exceção *(* = extinção de eficácia). O encobrimento de eficácia deriva de exercício de exceção por parte do sujeito passivo do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção.

A espécie mais notável, conforme vimos, é a da exceção de prescrição, que se opõe ao titular da pretensão, ou da ação, ou da exceção.

2.

Extinção e modificação dos direitos, pretensões, *ações e exceções.* O direito, a pretensão, a ação e a exceção podem modificar-se em seus sujeitos e em seu conteúdo. Modificação do conteúdo é modificação de eficácia. *E.g.,* a ação possessória contra o que está de posse há menos de ano e dia tem rito diferente da que se propõe depois de ano e dia (art. 523; Código de Processo Civil, art. 924); a posse sem boa-fé e sem título gera usucapião aos vinte anos, para os bens imóveis (art. 550) e cinco anos para os móveis (art. 619). A mora do devedor torna-o responsável pela impossibilidade da prestação, resultante de caso fortuito ou força maior (art.

957), se não ocorre o de que cogita a V parte do art. 957; a mora do credor tem as consequências do art. 958.

A extinção de direito real que estava antes de outro direito real

melhora a graduação desse. Não é modificação o fato que se produz com a incidência do princípio de que a reconstrução do prédio serviente não extingue a servidão; mas é modificação a incidência do art. 706. Nem é modificação do direito ou exsurgimento de outro direito da mesma classe, e.g., havia a servidão de passagem pelo lado esquerdo e criou-se a servidão de passagem pelo lado direito. Mas é modificação a ampliação objetiva, como se a servidão era de passar a pé e se tornou de passar a pé e com automóvel. O aumento da taxa de juros pode ser modificação (elevação da taxa), ou criação de taxa suplementar (novo crédito). Sem razão, A. von Tuhr *(Der Aligemeine Teil,* II, 97) só via a última espécie.

A modificação reforça ou diminui efeitos; às vezes, não os reforça, nem os diminui: *e.g.,* apenas se dá mudança de lugar de adimplemento, ou de forma para o aviso ou a interpelação ou a denúncia.

O

direito, a pretensão, a ação ou a exceção há de manter a identidade para que se possa falar de modificação. Se não na mantém, um se extinguiu e outro nasceu. Se há duplicidade (A persistiu, B nasceu), não há modificação. Se a perda da coisa certa resulta de culpa do devedor, a obrigação modifica-se em obrigação de prestar perdas e danos (art. 865, alinea 2º). Deteriorada a coisa ceda, se o credor aceita a coisa, com abatimento do preço, houve modificação da obrigação de pagar o preço (art. 866). Sempre que, em vez da coisa, se há de receber indenização, a obrigação modificou-se (arts. 867, 879-881, 883, 887, 895, 1.056 e 1.057). A ação é que é outra (Tomo II, *§* 172, 7).

Quando a modificação deriva de negócio jurídico, pode ir tão longe que outra ou outras regras jurídicas tenham de incidir e alguma ou algumas deixem de incidir; e.g., o depósito de coisa fungível pode tornar-se *depositum irregulare,* a hipoteca transformar-se em anticrese, a locação do prédio urbano em locação do prédio urbano mais locação da horta (P. Riem, *Untergang der Obligation,* 47). Todavia, tem-se de evitar confusão entre modificação e substituição do crédito *(=* em vez do crédito a, o crédito *b),* porque, aqui, se *noua,* não se modifica. Se toda a prestação é outra, não se modificou, novou-se. Outrossim, se se atinge a causa do crédito: se vendi e passo a doar, não modifiquei o contrato de venda e compra, novei. Se, em lugar de continuar devendo

por compra, passo nota promissória, ou letra de câmbio, novei. O negócio jurídico cambiário não tem qualquer mancha com isso, porque é abstrato. Se A vendeu e tem de entregar a coisa no dia 5, mas acordam comprador e vendedor em que E adquira a posse pelo constituto possessório (art. 444, IV), de regra surge outra relação jurídica *(e.g.,* locação, depósito, ou comodato), a favor do adquirente, porém não novação (sem razão, A. von Tuhr, *Der Aligemeine Teu,* II, 102). Novação há se passa a ser mútuo a divida de dinheiro ou de outra coisa fungível.

Tratando-se de promessa abstrata, que nove, a abstração pré-exclui que se alegue qualquer falta de causa.

Alguns juristas entendem que, se a promessa é causal, o novo crédito depende de ter existido e se extinguido o crédito novado. Há, aí, confusão entre novação e transformação do crédito: se a sode do segundo crédito depende da existência do anterior e de se haver extinguido esse em virtude do surgimento do segundo crédito não é de novação que se trata. O instituto da novação é de origem romana, que atendia ao principio então vigente da intransferibilidade e imodificabilidade das obrigações. Mas a doutrina cogita do contrato *de confirmação de crédito,* que é outra espécie. Na novação, há extinção da obrigação antes existente em virtude da constituição de nova obrigação, que ocupa o lugar da outra, sem qualquer subordinação da nova obrigação à obrigação novada. O contrato de transformação de obrigação distingue-se da novação em que a manifestação de vontade transformativa é causal: há um só contrato em que a obrigação anterior se extingue e outra surge, sem quebra da unidade contratual. Novação somente se dá se o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior, sem qualquer dependência da nova obrigação em relação à anterior, ou quando novo devedor sucede ao antigo, ficando esse quite com o credor, sem que a nova obrigação dependa da anterior ou outro credor se substituiu ao antigo, ficando o devedor quite com esse, sem que a nova obrigação dependa da anterior. Se há dependência da nova obrigação em relação àanterior, o negócio jurídico é tipicamente causal: se a obrigação anterior não existia ou era nula, extinção não se pode dar, porque não se extingue obrigação que se não produzira (obrigação nula é elipse de: obrigação não-produzida, por ser *nulo* o ato jurídico); se a nova obrigação não se produz, não se extingue a obrigação anterior; se apenas se modifica a obrigação, não há pensar-se em transformação da obrigação, nem, com maioria de razão, em novação. Meter-se na doutrina da novação a transformação da obrigação seria erro de graves consequências, no qual incorreu A. von

Tuhr *(Der Aligemeine Teu,* II, 102, nota 67). No Tomo XV, sobre Teoria Geral das Obrigações, teremos ensejo de desenvolver esses pontos.

Muitas vezes a modificação do direito interessa a terceiros. Quem tem direito derivado do direito objeto de modificação éatingido por ela. O titular do direito que, na gradação dos direitos, venha após aquele que foi modificado, aproveita ou sofre com a modificação. Por isso, os direitos derivados têm, para a sua tutela, o exigir-se para a modificação, ou para a sua eficácia, o assentimento dos seus titulares. Sempre que o assentimento é exigido para a extinção do direito constituinte, há-se de exigir para a modificação de tal direito. Em principio, as leis não exigem o assentimento do titular do direito derivado se a modificação não é prejudicial ao titular do direito derivado. Se há duas hipotecas, a modificação da primeira, que apenas lhe diminua o quanto, não ofende o direito do segundo credor hipotecário.